Direito do Consumidor: reflexões quanto aos impactos da pandemia de Covid-19

Edição especial de 30 anos de vigência do CDC

Volume 1

Alexandra Fuchs de Araújo
Alexandre Dartanhan de Mello Guerra
Alexandre David Malfatti
Alexandre Jorge C. da Cunha Filho
Ana Rita de Figueiredo Nery
André Rodrigues Corrêa
Andréia Maura Bertoline R. de Lima
Bruno Miragem
Cassio Pereira Brisola
Cinara Palhares
Clarissa Costa de Lima
Claudia Lima Marques
Claudia Maria Chamorro R. Campaña
Felipe Koury
Fernanda Henriques Gonçalves Zoboli
Fernando Campos Scaff
Francisco Eduardo Loureiro
Frederico da Costa Carvalho Neto
Gilson Delgado Miranda
Guilherme Ferreira da Cruz
Ingo Wolfgang Sarlet
Isabela Maiolino
Juan Paulo Haye Biazevic
Luciano Benetti Timm
Luiz Antonio Rizzatto Nunes
Marcelo Barbosa Sacramone
Márcia Helena Bosch
Mônica Rodrigues Dias de Carvalho
Patricia Bueno Scivittaro
Patricia Miranda Pizzol
Paulo Furtado de Oliveira Filho
Paulo Henrique Ribeiro Garcia
Paulo Rogério Bonini
Reynaldo Mapelli Júnior
Ricardo Dal Pizzol
Ricardo Morishita Wada
Ronaldo Porto Macedo Junior
Sérgio Seiji Shimura
Sophia Martini Vial
Tasso Duarte de Melo
Tiago Fensterseifer
William Santos Ferreira

Prefácio: Luis Francisco Aguilar Cortez

Apresentação: Alexandre David Malfatti e Sérgio Seiji Shimura

Direito do Consumidor:
reflexões quanto aos impactos da pandemia de Covid-19

Edição especial de 30 anos de vigência do CDC

Volume 1

Coordenadores da obra
Desembargador Sérgio Seiji Shimura
Juiz Alexandre David Malfatti
Juiz Paulo Henrique Ribeiro Garcia

Alexandre David Malfatti
Paulo Henrique Ribeiro Garcia
Sérgio Seiji Shimura
(coordenadores)

Direito do Consumidor:
reflexões quanto aos impactos da pandemia de Covid-19

Edição especial de 30 anos de vigência do CDC

Volume 1

Escola Paulista da Magistratura
São Paulo, 2020

Coordenação
Alexandre David Malfatti
Paulo Henrique Ribeiro Garcia
Sérgio Seiji Shimura

Coordenação editorial
Marcelo Alexandre Barbosa

Capa
Esmeralda Luana Wonke Scopesi

Editoração, CTP, impressão e acabamento
Personal 7 Produtos Promocionais

Diagramação
Dirceu Caróci

Revisão
Tikinet Edição Ltda.

Tiragem
525 exemplares

Direito do Consumidor: reflexões quanto aos impactos da pandemia de Covid-19 / Coordenação: Alexandre David Malfatti, Paulo Henrique Ribeiro Garcia e Sérgio Seiji Shimura. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2020. V. 1.

Vários autores.

ISBN 978-85-992910-0-5

1. Direito - coletânea. 2. Direito - Brasil. 3. Direito do Consumidor. 4. Pandemia. 5 Covid-19. I. Malfatti, Alexandre David. II. Garcia, Paulo Henrique Ribeiro. III. Shimura, Sérgio Seiji. IV. Título.

CDU-366(81)(082)

Ficha catalográfica elaborada pelo Serviço de Acervo da
Biblioteca da Escola Paulista da Magistratura
Bibliotecária: Cintia Pontes de Souza - CRB8/5730

Escola Paulista da Magistratura
Rua da Consolação, 1.483 - 1º, 2º, 3º e 4º andares
01301-100 - São Paulo - SP
Fones: (11) 3255-0815 / 3257-8954
www.epm.tjsp.jus.br – imprensaepm@tjsp.jus.br

Sumário

Volume 1

Volume 2

Prefácio

A Escola Paulista da Magistratura tem a satisfação de apresentar aos magistrados e a todos os leitores a obra *Direito do Consumidor: reflexões quanto aos impactos da pandemia de Covid-19*.

O direito do consumidor, trinta anos após a edição da Lei 8.078/90, enfrenta, assim como todas as áreas do Direito e do conhecimento, novos e imensos desafios diante da pandemia que nos assola.

Os coordenadores do presente trabalho, os magistrados Sérgio Shimura, Alexandre Malfatti e Paulo Garcia, incansáveis e brilhantes conhecedores do Direito, sempre colaborando e participando das atividades da nossa Escola, associaram-se ao seleto grupo de autores que conosco partilham seu conhecimento, unindo forças e contribuindo para que possamos melhor enfrentar os novos problemas que afetam as nossas atividades.

Com análise abrangente e profunda, os estudos expostos iniciam-se com a análise dos reflexos da pandemia na própria estrutura do Direito do Consumidor: seus princípios e direitos básicos.

Em seguida, são apresentados trabalhos que focam diretamente nas diversas frentes de aplicação da legislação consumerista: as questões relativas à qualidade dos produtos e prevenção de danos, as práticas comerciais em um novo cenário, a proteção contratual e os impactos obrigacionais e, finalmente, a tutela processual e administrativa dos interesses protegidos.

Esta contribuição dos mais qualificados estudiosos dos temas propostos reúne a profundidade da análise com a sua aplicabilidade em situações concretas do cotidiano dos operadores do Direito, revelando-se como obra permanente de estudo e consulta.

A resposta acadêmica diante da nova realidade atende, assim, aos objetivos da Escola Paulista da Magistratura, com a formação e o aperfeiçoamento constantes dos magistrados, ao lado da contribuição para a difusão do conhecimento jurídico.

Tenho certeza de que, com esta obra, os coordenadores e autores que aqui participam estão, mais uma vez, construindo caminhos para que a comunidade jurídica exerça sua mais relevante missão: o aprimoramento da vida em sociedade.

Luis Francisco Aguilar Cortez
Diretor da Escola Paulista da Magistratura

Apresentação

A presente obra é composta por 34 artigos jurídicos, resultado de um projeto do Núcleo de Estudos em Direito do Consumidor da Escola Paulista da Magistratura, que tem por objetivo analisar juridicamente os impactos da pandemia de Covid-19 nas relações de consumo.

Recorda-se que em 30 de janeiro de 2020 a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou que o surto da doença causada pelo coronavírus Sars-CoV-2 constituía uma emergência de saúde pública de importância internacional — o mais alto nível de alerta da Organização, conforme previsto no Regulamento Sanitário Internacional.

Uma questão de saúde com graves impactos nos mais diversos aspectos da vida humana, não obstante as várias medidas preventivas já adotadas (isolamento social, distanciamento, restrição de funcionamento dos estabelecimentos comerciais, observância de protocolo de segurança etc.), que, de modo direto, provocam significativas alterações no âmbito do mercado e nas relações de consumo.

A partir dos riscos e modificações nas esferas obrigacionais dos sujeitos da relação de consumo, quais serão as respostas que o Direito do Consumidor irá oferecer? Inúmeros são os desafios apresentados ao jurista: existe a necessidade de construir novos contornos de aplicação ao estado de vulnerabilidade? Como harmonizar os interesses de consumidores e fornecedores em um cenário econômico que atinge gravemente a muitos? O dever de informação exige intensificação em razão das especificidades situacionais causadas pela pandemia? Da teoria da qualidade, seja no aspecto da adequação, seja no âmbito da segurança, emergem novas condutas aos fornecedores em razão da Covid-19? Quais os limites da oferta e da publicidade em um cenário comercial que, por um lado, sofre restrição, e, de outro, novas demandas de consumo? Como solucionar os problemas de inadimplência dos consumidores e dos fornecedores causados direta ou indiretamente pela pandemia, levando em consideração as especificidades dos mais diversos contratos de consumo? E quais as alternativas processuais efetivas para obter a satisfação dos legítimos interesses afetados pelas restrições e pelos obstáculos causados pelo vírus?

Nesta obra, o leitor irá encontrar o enfrentamento dessas questões, com a apresentação de diversos posicionamentos jurídicos relevantes aos aplicadores do direito.

Está dividida em cinco partes, que se harmonizam com a divisão temática do Código de Defesa do Consumidor.

1. Princípios e direitos básicos do consumidor: modulação e concreção de direitos em tempos de pandemia da Covid-19;
2. Da qualidade de produtos e serviços, da prevenção e da reparação dos danos: novas fronteiras à Teoria da Qualidade;
3. Das práticas comerciais: novas demandas em um cenário de restrições;
4. Da proteção contratual: impossibilidade superveniente, revisão e resolução contratual – os impactos obrigacionais e a harmonização dos interesses lesados em decorrência da pandemia de Covid-19;
5. Da tutela processual e administrativa: o desafio de uma proteção efetiva em um contexto de incertezas.

O propósito é reverenciar os ideários dos autores do Código de Defesa do Consumidor, em homenagem aos 30 anos de vigência da Lei nº 8.078/90.

Nascida a ideia no âmbito da Escola Paulista da Magistratura, boa parte dos autores são juízes e desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, com experiência na atividade jurisdicional de resolução de demandas de consumo, além de estudos acadêmicos na área de Direito do Consumidor.

Da obra participam também professores – relevantes autoridades acadêmicas no cenário nacional da área consumerista –, de modo a não deixar dúvidas quanto à qualificação dos trabalhos. Convidados especiais que, vivenciando as mais diversas dificuldades desencadeadas pela pandemia, conseguiram separar tempo para compartilhar suas reflexões, em demonstração da generosidade e solidariedade que os caracterizam.

A universalidade de acesso ao livro é alcançada por meio do formato digital, disponível, sem restrições, no endereço eletrônico da Escola Paulista da Magistratura.

Sérgio Seiji Shimura e Alexandre David Malfatti
Coordenadores da Área de Direito do Consumidor da EPM

I

Princípios e direitos básicos do consumidor: modulação e concreção de direitos em tempos de pandemia da Covid-19

Contratos de consumo e tutela do consumidor vulnerável em relação aos efeitos da pandemia de coronavírus

Bruno Miragem[1]
Advogado e professor

Sumário: 1. Introdução. 2. Os contratos de consumo e seu inadimplemento em razão da pandemia de coronavírus. 3. Impossibilidade definitiva e temporária de adimplemento dos contratos de consumo. 4. Incerteza sobre utilidade da prestação nos contratos de consumo. 5. Efeitos da pandemia na revisão e renegociação dos contratos de consumo. 6. Formação de preços ao consumidor e pandemia. 7. Síntese conclusiva: a tutela do consumidor vulnerável nos contratos afetados pela pandemia.

1. Introdução

O reconhecimento da pandemia de coronavírus (Covid-19) pela Organização Mundial da Saúde foi objeto de declaração, pelo Brasil, de Emergência de Saúde Pública de Importância Nacional (Portaria nº 188, de 3 de fevereiro de 2020, do Ministério da Saúde), em razão de situação epidemiológica, afinal reconhecida pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020. Neste período, a Lei 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, dispôs sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus.

---

[1] Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Advogado e parecerista.

Trata-se de uma situação reconhecidamente excepcional, cujas repercussões sociais e econômicas, bem como as restrições à liberdade e propriedade individual não encontram paralelo na história brasileira recente. Associam-se à adoção de comportamentos voluntários, com o estímulo das autoridades, dos especialistas em saúde e dos meios de comunicação, visando prevenir e atenuar a velocidade de transmissão da doença, reduzindo a circulação e aglomeração de pessoas, ampliando a permanência das pessoas, o quanto possível, em suas residências, e retardando ou suspendendo decisões negociais em diversos âmbitos de sua atuação. Por outro lado, o Poder Público vem adotando medidas de polícia administrativa, determinando restrições de funcionamento de diversas atividades e estabelecimentos empresariais, suspensão temporária da prestação de serviços públicos e privados, dentre outras iniciativas.

O impacto destas medidas sobre amplos setores da economia é perceptível, e se faz sentir no âmbito das relações de consumo. Nos contratos de consumo incidem, prioritariamente, as regras do Código de Defesa do Consumidor, porém naquilo que ele não disponha, serão aplicadas em comum as normas do Código Civil e de leis especiais e emergenciais. Em todos os casos, o resultado prático da sua aplicação deverá observar o princípio fundante do próprio direito do consumidor – o reconhecimento da sua vulnerabilidade (art. 4º, I, do CDC) –, que dentre seus vários efeitos, dá causa à rejeição de soluções incompatíveis ou incoerentes com a determinação constitucional de defesa do consumidor na forma da lei (art. 5, XXXIII, da Constituição da República).[2] Daí resulta, desde logo, uma distinção fundamental entre os contratos em geral do direito privado (civis e empresariais) e os contratos de consumo, no que diz respeito à posição das partes, à distribuição de riscos e, muitas vezes, à essencialidade do seu objeto para o consumidor.[3] Uma vez que não se tratam de insumos de produção, e

---

[2] MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 8. ed. São Paulo: RT, 2019, p. 55 e ss. Com maiores detalhes, sustento em: MIRAGEM, Bruno. Princípio da vulnerabilidade: perspectiva atual e funções no direito do consumidor contemporâneo. *In:* MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Claudia Lima; DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães (org.). *Sociedade de consumo, proteção do consumidor e desenvolvimento: comemoração dos 30 anos do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: GEN: Forense, 2020. No prelo.

[3] Para a distinção, veja-se: MIRAGEM, Bruno. A pandemia de coronavírus, alteração de circunstâncias, e o direito de emergência sobre os contratos. *In:* CARVALHOSA, Modesto; KUYVEN, Luiz Fernando

sim consumo de uso pessoal e de sua família, muitas vezes ligado à dignidade das pessoas (sua saúde, sua segurança, seus dados, o desenvolvimento de sua personalidade, assegurados através de contratos de consumo).

Em relação a seus impactos para o mercado, o consumo como um todo é afetado pela redução da atividade econômica e a incerteza sobre as medidas de enfrentamento à pandemia –, seja o tempo de sua duração, ou a intensidade em que devam ser adotadas. Para dar alguns exemplos, os serviços de transporte aéreo, de espetáculos, entretenimento e eventos em geral, os serviços turísticos e de alimentação foram profundamente atingidos. De outro lado, as regras de distanciamento social acentuaram a tendência de busca, por muitos consumidores, do consumo pela internet (comércio eletrônico), fortalecendo esta nova dimensão do mercado de consumo digital.

Estes fatos geram impactos de toda ordem nas relações obrigacionais. No âmbito dos contratos já celebrados, de trato sucessivo ou diferido no tempo, há questões relativas às dificuldades do seu cumprimento, e danos que possam resultar, a exigir respostas do direito obrigacional, tanto na perspectiva do direito privado geral, quanto das situações especiais que podem ter lugar, em especial nas relações de consumo.

O exame dos impactos da pandemia de coronavírus e das medidas de seu enfrentamento sobre os contratos de consumo pode ser dividido nos seguintes termos: a) as situações em que há o inadimplemento do contrato pelo fornecedor, em razão da pandemia; nestes casos, o inadimplemento pode se dar: a.1) por impossibilidade definitiva de seu cumprimento pelo fornecedor; a.2.) por impossibilidade temporária de seu cumprimento pelo fornecedor. Por outro lado, contudo, há situações em que não se trata de inadimplemento, uma vez que não houve ainda descumprimento (a prestação ainda não é exigível), porém o tempo e alcance das medidas de enfrentamento da pandemia tornam incerta a possibilidade de cumprimento futuro, assim como a própria

---

(coord.). *Impactos jurídicos e econômicos da Covid-19 no direito brasileiro*. São Paulo: RT: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 137-152; da mesma forma: MIRAGEM, Bruno. Nota relativa à pandemia de coronavírus e suas repercussões sobre os contratos e a responsabilidade civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 1015, p. 1-9, maio 2020.

permanência do interesse do consumidor. Por fim, refira-se que há contratos cuja preservação é de interesse do consumidor e do fornecedor, contudo as repercussões da pandemia operam alterações substanciais em sua equação econômica, ou na programação do seu cumprimento, sem que se cogite da resolução. É o caso dos contratos de prestação de serviços educacionais, cujas atividades em geral estão proibidas, ou permitidas apenas por meio remoto, o que traz uma ordem de problemas em série: a) a alteração do modo de prestação; b) os custos desta alteração; c) a inefetividade desta alteração para a prestação devida em certos contratos (p.ex. ensino infantil). Há lugar, nestes casos, para renegociação ou revisão dos contratos de consumo, observados o interesse das partes segundo os critérios que considerem sua natureza e finalidade, seu equilíbrio econômico e as expectativas legítimas passíveis de tutela.

São estes alguns dos aspectos que merecem ser examinados para efeito de assegurar tutela do consumidor vulnerável em relação às repercussões da pandemia sobre os contratos de consumo.

2. Os contratos de consumo e seu inadimplemento em razão da pandemia de coronavírus

A pandemia do coronavírus, suas repercussões sociais e econômicas, e as medidas de polícia editadas pelo Poder Público para seu enfrentamento, são circunstâncias a que se submetem os particulares, sem que possam evitá-las. Tratando-se de indivíduos que celebraram contratos de consumo, tendo por pressuposto determinada realidade fática que veio a ser substancialmente alterada, de modo a dificultar ou impedir seu cumprimento posterior, devem incidir as soluções previstas na legislação para tais situações. O inadimplemento do contrato de consumo, quando sua causa determinada for a pandemia de coronavírus ou as medidas adotadas para combatê-la, não caracteriza, como regra, falha ou culpa do fornecedor na realização da prestação. Nestes termos, não caracteriza defeito ou vício do produto ou do serviço (arts. 12 a 14; 18 a 20 do CDC). Não se cogita, portanto, de responsabilidade do fornecedor pelo inadimplemento do dever de prestar.

A impossibilidade do cumprimento por fato alheio ao comportamento do devedor (fornecedor), ou seja, situações que os

contratantes não podem impedir ou evitar, caracterizam hipótese de caso fortuito ou de força maior, previsto no art. 393, parágrafo único, do Código Civil: “O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir”. São consequências da caracterização do caso fortuito ou de força maior: a) a ausência de responsabilidade do devedor pelo inadimplemento a que tenha dado causa (art. 393, caput, do Código Civil); e b) a resolução dos contratos a que tenha tornado impossível o cumprimento (arts. 234, 248 e 250 do Código Civil). A resolução dá causa à extinção dos efeitos do contrato e, dentro do possível, a restituição das partes ao estado anterior.

Note-se que a força maior — ou o caso fortuito externo — é uma exceção comum ao cumprimento das obrigações em geral,[4] e também nas relações de consumo,[5] como um fato externo, superior, e de consequências imprevisíveis, a romper o nexo causal entre o fato danoso e a relação de consumo em si mesmo,[6] como é o que se caracteriza no caso de uma pandemia e o estado de calamidade pública a que ela dá causa.[7] O que se deve preservar, neste caso, é a estrita relação de causa e efeito entre o fato da pandemia ou as medidas e consequências diretamente a ela associadas, e a impossibilidade de cumprimento, de modo inevitável ao devedor.

Em qualquer caso, contudo, a impossibilidade de cumprimento da prestação principal nem por isso dispensa o devedor (fornecedor) do atendimento de outros deveres acessórios ou anexos que lhe sejam imputáveis. É o caso, no transporte aéreo, de assegurar estadia e alimentação nos termos previstos em regulamento, quando haja interrupção da viagem, ou os deveres de informação e esclarecimento do consumidor, cujo desatendimento per se pode dar causa a danos indenizáveis.

---

[4] MIRAGEM, Bruno. *Direito civil:* direito das obrigações. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 527 e ss.

[5] MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 8ª ed. São Paulo: RT, 2019, p. 730 e ss; MARTINS, Plínio Lacerda, O caso fortuito e a força maior como causas de exclusão da responsabilidade no Código do consumidor. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 690, p. 287-291, abr. 1993.

[6] BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor.* 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2018. p. 199-201.

[7] MUCELIN, Guilherme; D’AQUINO, Lúcia. O papel do direito do consumidor para o bem-estar da população brasileira e o enfrentamento à pandemia de COVID-19. *Revista de Direito do Consumidor*, Brasília, DF, v. 129, p. 17-46, maio-jun. 2020.

Neste particular, registre-se que a legislação de emergência que porventura flexibilize ou dispense o atendimento de tais deveres, quando desbordem de interesses meramente patrimoniais, e se relacionem à própria integridade do consumidor (sua vulnerabilidade existencial), deverá ser submetida ao crivo do princípio da vulnerabilidade (art. 4º, I, do CDC), e do próprio direito fundamental de defesa do consumidor (art. 5º, XXIII, da Constituição). Será este o caso das medidas provisórias editadas para definir regras específicas a setores econômicos (MP 925/2020, sobre aviação civil, e MP 948/2020, sobre cancelamento de serviços, de reservas e de eventos dos setores de turismo e cultura), e as respectivas leis que resultarem da sua conversão.

Contudo, é preciso diferenciar entre as hipóteses de inadimplemento dos contratos de consumo, aquelas em que não se reestabeleça a possibilidade futura de atendimento ao interesse do consumidor (impossibilidade definitiva) e aquelas cuja inviabilidade se restringe no tempo, apenas enquanto durarem os efeitos da pandemia e das medidas adotadas para seu enfrentamento, preservando-se o interesse no adimplemento futuro (impossibilidade temporária). A distinção é relevante, especialmente para distinguir-se as diferenças de grau entre as soluções sistemáticas envolvidas, na proteção dos interesses legítimos do consumidor, e no equilíbrio de interesses da relação de consumo.

3. Impossibilidade definitiva e temporária de adimplemento dos contratos de consumo

A impossibilidade de cumprimento, nas obrigações em geral, pode ser definitiva ou temporária. No primeiro caso, há obstáculo à realização da prestação que não deve desaparecer ou se atenuar com a fluência do tempo. No segundo caso, a impossibilidade se circunscreve a certo período, indicando que poderá ainda ser realizada, mas não no prazo originalmente previsto.[8] Da mesma forma, pode ser absoluta ou relativa, de modo que, no primeiro caso, extingue a obrigação e libera o devedor; na segunda, há dificuldade ou onerosidade da prestação, o que mantém o devedor vinculado e responsável pelo cumprimento.

---

[8] MIRAGEM, Bruno. *Direito civil:* direito das obrigações. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 494.

Há contratos de consumo em que os fatos decorrentes da repercussão da pandemia de coronavírus tornam impossível o cumprimento. Tais fatos, tanto podem ser decorrentes das medidas de polícia adotadas pelo Poder Público — às quais se subordinam os particulares — quanto a repercussão do seu comportamento razoável, visando reduzir a exposição ao risco de contágio, como ocorre com a suspensão de determinadas atividades, independentemente de determinação estatal. Imagine-se a situação dos pais que locaram salão de eventos para comemorar o aniversário de quinze anos da filha, uma cerimônia de formatura, ou o batismo de um filho. São datas que, uma vez alcançadas, podem fazer perder significado sua comemoração no futuro distante.

No caso de contratos que não possam ser cumpridos em razão de fatos inevitáveis pelos contratantes, em decorrência da pandemia de coronavírus e das suas consequências, a solução aplicável é a resolução, com extinção do contrato entre as partes. Nestes casos, a eficácia de resolução implica a restituição das partes ao estado anterior à contratação, cabendo a restituição dos valores eventualmente adiantados, porém, sem reponsabilidade do devedor que não cumpriu porque não pôde.

Em geral, as leis de emergência podem incidir para limitar o direito de resolução ou seus efeitos. É o que o ocorre no Brasil em relação às já mencionadas Medidas Provisórias relativas ao setor aéreo (MP 925/2020) e aos cancelamentos de serviços, reservas e eventos dos setores de turismo e cultura (MP 948/2020). As circunstâncias excepcionais que caracterizam a legislação de emergência sobre contratos, historicamente, admitem exceções a seus efeitos típicos. Tais exceções, contudo, subordinam-se ao controle de sua equivalência material (equilíbrio contratual), o que é mais evidente quando se trata dos contratos de consumo nos quais incidem normas de proteção de um dos contratantes. As razões que autorizam excetuar efeitos típicos dos contratos e de seu inadimplemento fundamentam-se, especialmente, na extensão dos prejuízos daí decorrentes, e do caráter sistêmico da sua causa, afetando amplos setores, e podendo levar à ruína uma das partes contratantes.[9] Entre as medidas admissíveis

---

[9] Sobre a exceção da ruína, veja-se: MIRAGEM, Bruno. *Direito civil:* direito das obrigações. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 352.

pode estar a dilação de prazo para a restituição do estado anterior no caso de resolução (prazo para restituição de valores, por exemplo), desde que não onerem excessivamente o credor (que no caso dos contratos de consumo, será o consumidor).

Pode ocorrer, da mesma forma, que o contrato, embora não possa ser cumprido imediatamente – em razão das restrições impostas à atividade do fornecedor – o seja no futuro, com proveito pleno do consumidor. Nestes casos, que serão de impossibilidade temporária ou transitória de cumprimento, a postergação da eficácia do próprio contrato se justifica, preservando-se o equilíbrio de interesse das partes. Assim nos serviços de academia e condicionamento físico objeto de contratos de duração, o período não utilizado pelo consumidor possa lhe ser devolvido, com a extensão da vigência contratual, ou quaisquer outras prestações que possam ser realizadas, com efetivo proveito do consumidor, no futuro.

Afinal, em contratos duradouros, a impossibilidade de cumprimento pode ser transitória. Nestes casos, as partes têm direito à resolução, se esta for do seu interesse legítimo, ou podem manter o vínculo, reajustando em comum acordo o conteúdo da prestação devida.

Será a situação dos serviços educacionais, cuja atividade tenha sido suspensa, que tanto podem, quando possível, adaptar a forma de prestação, ou suspender as atividades para retomá-las quando novamente permitidas. Neste caso, contudo, há nuances que devem ser examinadas. A oferta, em razão das circunstâncias, do ensino remoto como prestação alternativa ao presencial, se imposta pelo fornecedor, pode ser compreendida como alteração unilateral do contrato. Trata-se de hipótese vedada, quando prevista em cláusula contratual abusiva (art. 51, XIII: "autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração"), mas nada impede que resulte de renegociação entre as partes, em especial frente à impossibilidade de prestar. Todavia, para além da alteração do modo de prestação, nestes casos, discute-se também questão relativa à própria redução dos valores pagos pelo consumidor pela prestação de serviço limitada[10] ou modificada. As razões que, geralmente, sustentam

---

[10] "Mandado de segurança. Relação de ensino. Pedido liminar para revogar decisão que antecipou a tutela e deferiu a suspensão de pagamentos referentes a matérias que não estão sendo prestadas

pretensão neste sentido, são de duas ordens: a) a oferta do ensino remoto a distância reduz custos para o fornecedor; b) o mesmo fato, em contrapartida, transfere custos ao consumidor, relativos ao acesso à internet, energia elétrica e em relação a alunos de menos idade, o tempo dos pais na realização de tarefas originalmente atribuídas aos professores. Em sentido contrário, sustenta-se, essencialmente, que: a) a redução de custos do fornecedor é mínima ou inexistente, seja porque a maior parte deles compõem-se de despesas fixas, especialmente de pessoal, seja porque a própria adaptação para o ensino remoto exigiu investimentos significativos em tecnologia; e b) os custos do consumidor para fruição do serviço, ou são compensados com outros que deixam existir, tais como transporte e alimentação, ou se caracterizam como comportamentos em favor de interesse próprio, não compensáveis, como é o caso do cuidado com os filhos.

Parece evidente que as diversas questões que surgem nos contratos de serviços educacionais merecem soluções tópicas, sendo impróprio definir-se uma única resposta.[11] Afinal, há situações em que a substituição do ensino presencial pelo remoto se dá sem dificuldades expressivas, ou até com a percepção de eventual vantagem; em outros casos será incabível ou extremamente limitada (como é exemplo o ensino infantil). Nestes casos a caracterização da impossibilidade de cumprimento e suas alternativas deverão ter em conta estas circunstâncias concretas, seja para assegurar o direito à resolução do contrato (se for o caso), ou sua adaptação ao interesse comum das partes, mediante alteração do modo de execução da prestação, repactuação ou desconto de valores, concessão de período de graça, ou outras medidas que se demonstrarem adequadas à promoção do equilíbrio das prestações. Qualquer intervenção do Estado, pela via legislativa ou judicial,

---

pela instituição de ensino, em razão da pandemia da Covid-19. Força maior. Invocação dos princípios da eticidade, da operabilidade e da boa-fé objetiva. Circunstância imprevisível, em que se deve alcançar o equilíbrio contratual. Consumidor que, nesta situação atual de pandemia, foi colocado em desvantagem. Segurança denegada" (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Mandado de Segurança Cível, 71009353889. 3ª Turma Recursal Cível, turmas recursais, rel. Fabio Vieira Heerdt, j. 25 jun. 2020. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 2020).

[11] Neste sentido, em que pese a dignidade dos motivos que informam, especialmente, a intervenção do legislador, no âmbito dos Estados, na aprovação de leis definindo percentuais fixos para redução obrigatória das mensalidades em razão da pandemia, tais iniciativas devem ser vistas com cautela, considerando a diversidade de situações específicas mencionadas.

deverá ponderar todas estas alternativas em vista do interesse legítimo das partes.

Embora se trate de situações de inadimplemento de contratos de consumo em decorrência da pandemia, as respostas não serão encontradas, exclusivamente, no Código de Defesa do Consumidor. A própria noção de impossibilidade de cumprimento, já foi referido, funda-se nas normas gerais sobre obrigações do Código Civil. O mesmo se diga em relação aos contratos de consumo que envolvam prestação de serviços ao consumidor, para o qual se pode ter em conta também o art. 607 do Código Civil, que refere: "Art. 607. O contrato de prestação de serviço acaba com a morte de qualquer das partes. Termina, ainda, pelo escoamento do prazo, pela conclusão da obra, pela rescisão do contrato mediante aviso prévio, por inadimplemento de qualquer das partes ou pela impossibilidade da continuação do contrato, motivada por força maior".[12]

Também as regras de interpretação contratual terão grande utilidade na determinação das soluções em casos de inadimplemento por causa da pandemia. Neste particular, o art. 47 do CDC define que "as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor". Todavia, as situações decorrentes da pandemia são, em geral, novas em relação às disposições comuns previstas nas condições gerais contratuais das relações entre consumidores e fornecedores. Neste sentido, a regra de interpretação mais favorável das cláusulas será, muitas vezes, insuficiente, diante da ausência de disposições expressas a serem objeto de exame. Daí a utilidade, para o intérprete, das regras de interpretação do negócio jurídico previstas no Código Civil.

Embora o art. 113 do Código Civil tenha sido substancialmente alterado pela cognominada Lei de Liberdade Econômica (Lei 13.874/2019), e inspirado por um princípio da intervenção mínima (art. 421, parágrafo único, do Código Civil),[13] os critérios que define são

---

[12] ANDRIGHI, Nancy; BENETI, Sidnei; ANDRIGHI, Vera. *Comentários ao novo Código Civil*, v. IX. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 266-267.

[13] Registre-se que está restrição à intervenção judicial nos contratos (princípio da intervenção mínima) é comedimento que as alterações definidas pela Lei da Liberdade Econômica ao Código Civil dirigem aos contratos civis e empresariais, que se presumem simétricos e paritários (art. 421-A), não abrangendo os contratos de consumo, cujo regime especial é expressamente preservado. Veja-se, a respeito: RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier; PRADO, Augusto

úteis à interpretação dos contratos de consumo. Em especial, ao referir que a intepretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que corresponder à boa-fé (art. 113, §1º, III), e "a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração" (art. 113, §1º, V). Neste sentido, nada impede que também as outras regras de interpretação previstas na norma (confirmação do sentido pelo comportamento das partes posterior à celebração do negócio, art. 113, §1º, I; e os usos, costumes e práticas do mercado, art. 113, §1º, II) não possam ser consideradas, se em acordo com a boa-fé, de modo que não contradigam o interesse legítimo do consumidor.

4. Incerteza sobre utilidade da prestação nos contratos de consumo

A vulnerabilidade do consumidor nos contratos de consumo deve ser considerada, igualmente, para exame das situações de incerteza do cumprimento e utilidade da prestação que integre seu objeto. Em muitos contratos de consumo — especialmente aqueles relativos a produtos e serviços de valor elevado — a decisão do consumidor será acompanhada de um esforço de pagamento, inclusive com restrição de outras despesas, com o objetivo de atender o interesse específico que diz respeito ao objeto da contratação. Assim ocorre com a aquisição de um pacote turístico, de passagens aéreas para férias, ou a organização de uma determinada celebração familiar. Há nestes casos, em graus diversos, certa organização e planejamento fundados na expectativa futura de fruição do serviço, que vem a ser afetada pelos efeitos da pandemia.[14]

Cézar L. A liberdade contratual e a função social do contrato — alteração do art. 421-A do Código Civil — art. 7º. *In:* MARQUES NETO, Floriano de Azevedo E.; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Comentários à Lei da Liberdade econômica:* Lei 13.874/2019. São Paulo: RT, 2019. p. 314.

[14] Assim, por exemplo, a situação do pagamento diferido pelo consumidor do preço, que com o advento da pandemia torna incerta a prestação do fornecedor, legitimando pretensão para suspensão das parcelas ainda satisfeitas do preço, conforme bem indica a decisão do TJSP: "PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. Pacotes turísticos para Portugal. Ação de rescisão motivada pelo advento da pandemia (Covid-19). Tutela provisória. Admissibilidade. Probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo evidenciados. Presença dos requisitos do art. 300 do Código

A frustração das expectativas, contudo, não será, necessariamente, impossibilidade de cumprir, em especial quando a prestação deva ser realizada em data futura, na qual é incerto se os mesmos efeitos da pandemia ainda estarão sendo produzidos. Deste modo, é a dúvida sobre a possibilidade de cumprimento que decorre da alteração das circunstâncias.

Nos contratos de consumo cuja prestação ainda não seja exigível, porque fixado seu cumprimento até ou em certa data, o fato de não ser possível determinar o termo final para os esforços de enfrentamento à pandemia, pergunta-se sobre as soluções cabíveis no caso de incerteza de cumprimento ou de utilidade da prestação.

Um primeiro grupo de soluções serão estabelecidas por normas de emergência, como é o caso das já mencionadas Medidas Provisórias 925/2020 e 948/2020, e respectivos projetos de conversão. Em ambas, relativas ao transporte aéreo e ao cancelamento de serviços, de reservas e de eventos dos setores de turismo e cultura, o objetivo é delimitar as situações em que o consumidor possa exercer seu direito de resolução, frente à incerteza de cumprimento ou de utilidade da prestação. É importante referir que, nestes casos, não havendo propriamente impossibilidade definitiva do cumprimento, abre-se a oportunidade de soluções tópicas, desde que respeitados os interesses legítimos do consumidor. Não se desconhece que a razão da disciplina legislativa em normas de emergência, para contratos destes setores econômicos específicos, deve-se a sua maior exposição, e à gravidade dos efeitos da pandemia sobre eles — inclusive para preservar a existência das empresas que deles participam. Contudo, estas normas de emergência devem ser interpretadas em conjunto com o CDC. Tem especial utilidade para o intérprete, neste caso, os critérios para definição de vantagem

de Processo Civil. Recurso não provido. Era mesmo o caso de se conceder a tutela provisória para inibir os futuros pagamentos parcelados no cartão de crédito, pois, além de existir previsão contratual, estão mais do que presentes a probabilidade do direito e o risco iminente que pesa sobre o consumidor de não ser ressarcido por uma viagem cuja única certeza é a de que jamais irá fazer nas condições pactuadas" (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento 2117650-39.2020.8.26.0000. 11ª Câmara de Direito Privado, rel. Gilberto dos Santos, j. 30 jul. 2020. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 2020c). No mesmo sentido, considerando que "valores ainda não pagos não precisam ser realizados para posterior reembolso": SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento 2082733-91.2020.8.26.0000. Rel. Melo Colombi, 14ª Câmara de Direito Privado, j. 15 jun. 2020. Diário de Justiça, Brasília, DF, 15 jun. 2020a.

exagerada do fornecedor, que caracteriza a abusividade das cláusulas em contratos de consumo. Dispõe o art. 51, §1º, do CDC:

> Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que: I — ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence; II — restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual; III — se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.

Embora resultem de solução legal, as disposições previstas nas normas de emergência devem ser interpretadas sempre no sentido coerente com o sistema instituído pelo CDC, de matriz constitucional (art. 5º, XXXII da Constituição da República e art. 48 do ADCT). Tratando-se de limitações aos direitos dos consumidores, em vista das circunstâncias excepcionais decorrentes da pandemia, tais normas de emergência deverão ser interpretadas restritivamente.

Nos contratos civis e empresariais, a incerteza de cumprimento fundamenta a exceção de inseguridade prevista no art. 477, mas que se restringe às situações em que a diminuição do patrimônio do devedor dá causa à dúvida sobre sua capacidade de cumprir — o que, salvo situações específicas, não é o caso das situações causadas pela pandemia —, permitindo a antecipação do cumprimento ou a resolução do contrato. Outra situação é a do denominado inadimplemento antecipado, que embora sem previsão legal expressa, resulta de elaboração doutrinária baseada nos efeitos da boa-fé, e por analogia ao art. 477 do Código Civil. Parte do exame do comportamento do devedor, anterior ao vencimento da obrigação, que permite ao credor concluir pela impossibilidade de adimplemento futuro da prestação. Segundo a lição de Ruy Rosado de Aguiar Júnior, é a quebra da confiança sobre o futuro adimplemento.[15] Embora fundada no comportamento culposo do

[15] AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor.* Rio de Janeiro: Aide, 2004. p. 128.

devedor que coloca em dúvida o cumprimento futuro, é de considerar a analogia com fatos relacionados às repercussões da pandemia, que possam fundamentar a exigência de garantia de cumprimento ou direito de resolução do contrato.

Nada impede que estas categorias dogmáticas aplicáveis aos contratos civis e empresariais possam se estender aos contratos de consumo como soluções tópicas, desde que com o mesmo pressuposto de interpretação e aplicação coerente com o sistema do Código de Defesa do Consumidor, de tutela do interesse legítimo do consumidor.

5. Efeitos da pandemia na revisão e renegociação dos contratos de consumo

Os efeitos da pandemia sobre os contratos de consumo e a crise de seu cumprimento voltam a dar destaque para as situações que autorizam sua revisão. Conforme é de amplo conhecimento, diferem os pressupostos para revisão do contrato de consumo e os contratos civis e empresariais. Em relação a estes, assenta-se o direito à revisão na conhecida teoria da imprevisão, que fundamenta os arts. 317 e 478 a 490 do Código Civil. Com origem no primeiro pós-guerra, foi admitida pela jurisprudência do Conselho de Estado francês,[16] se entrelaça com a legislação de emergência advinda do final da Primeira Guerra Mundial (Lei Failliot, de 1918). Desde então, merece atenção de diversos sistemas jurídicos e, inclusive, no direito brasileiro[17], sob diferentes fundamentos como da moralidade[18], ou equidade e vedação ao enriquecimento sem causa[19]. Exige que o fato superveniente que determina

[16] MIRAGEM, Bruno. *Direito civil:* direito das obrigações. 2. ed. São Paulo: RT, 2018. p. 344.

[17] Dentre outros: FONSECA, Arnoldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958; AZEVEDO, Álvaro Villaça de. Teoria da imprevisão e revisão judicial dos contratos, *Revista dos Tribunais,* São Paulo, v. 733, p. 109-11, 1996; FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. *Revisão dos contratos no Código Civil e no Código do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. BARLETTA, Fabiana Rodrigues. *A revisão dos contratos no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor.* São Paulo: Saraiva, 2002; MORAES, Renato José; *Cláusula rebus sic stantibus*. São Paulo: Saraiva, 2001; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. *Revisão judicial dos contratos:* autonomia da vontade e teoria da imprevisão. São Paulo: Atlas, 2006.

[18] RIPERT, Georges. *A regra moral das obrigações civis*. Campinas: Bookseller, 2000, p. 203 e ss.

[19] ALBIGES, Cristophe. *De l'equité en droit privé*. Paris: LGDJ, 2000, p. 41 e ss.

a desproporção das prestações seja imprevisível às partes no momento da sua celebração, indicando a alteração das circunstâncias entre o momento da constituição da obrigação, e aquele em que se torna exigível o pagamento.[20] Esta imprevisibilidade caracteriza-se por ser impossível, segundo regras ordinárias e de comportamento diligente e probo das partes, antecipar o conhecimento sobre sua ocorrência. Em matéria obrigacional, distingue-se do que seja previsível, porquanto este se caracteriza como inerente ao risco normal do adimplemento ou não da obrigação.

Nos contratos de consumo sua revisão em razão da alteração de circunstâncias se dá por outro fundamento, previsto no art. 6º, inciso V, do CDC, que define como direito básico do consumidor "a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas". A regra em questão fundamenta a intervenção no contrato tanto quando desde a origem (sinalagma genético) sejam estabelecidas prestações desproporcionais em prejuízo do consumidor (inclusive com a possibilidade de decretação de nulidade de cláusulas abusivas), quanto fatos supervenientes que causem sua onerosidade excessiva. Não pressupõe que tais eventos sejam imprevisíveis, o que se justifica pela modelo de distribuição dos riscos do contrato, que se concentram no fornecedor, dada sua expertise e profissionalidade no exercício da atividade econômica.[21]

Fundamenta a revisão dos contratos de consumo a teoria da quebra da base objetiva do negócio jurídico, sistematizada no direito alemão a partir da lição de Larenz. *Base objetiva*, nestes termos, considerada como "o conjunto de circunstâncias e estado de coisas cuja existência ou subsistência é objetivamente necessária para que o contrato, segundo o significado que ele dá a ambos os contratantes, possa subsistir como uma relação dotada de sentido"[22].

Os riscos decorrentes da pandemia, a toda evidência, são extraordinários, de modo que seus efeitos não foram objeto de adequada

---

[20] MIRAGEM, Bruno. *Direito civil:* direito das obrigações. 2. ed. São Paulo: RT, 2018, p. 344 e ss.
[21] MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor.* 8. ed. São Paulo: RT, 2019. p. 296-297 e 322.
[22] LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Tradução Carlos Fernández Rodríguez. Granada: Editorial Comares, 2002. p. 95.

distribuição de riscos pelas partes. O estado de coisas que conduziu consumidores e fornecedores ao contrato pode ter sido afetado em diferentes graus pela pandemia, dando causa à possibilidade de revisão. Contudo, também aqui a relação de causa e efeito deve ser bem demonstrada.[23] Será a impossibilidade de cumprimento nos termos originais, ou mesmo a frustração dos fins do contrato,[24] de sua utilidade para o consumidor, que pode dar causa à revisão (quando houver redução do proveito) ou mesmo à sua resolução (no caso do seu sacrifício).

Outra possibilidade em relação à crise de cumprimento dos contratos de consumo em razão da pandemia, é a da sua renegociação. Não há, propriamente, um direito subjetivo à renegociação – embora a qualificada defesa da tese por boa doutrina.[25] Em perspectiva inversa, o dever de renegociar do fornecedor é examinado, especialmente, nos contratos de crédito, em casos de superendividamento dos consumidores. Em razão da pandemia, inclusive, há sugestão de moratória[26] nos

---

[23] Neste sentido, é ilustrativo das dificuldades de delimitação da relação de causalidade sobre os efeitos da pandemia, o entendimento do TJSP, embora em caso que não diz respeito à revisão contratual, mas à reparação de danos por ato ilícito, em que o fornecedor postulava a redução da indenização sob alegação genérica de dificuldades decorrentes da pandemia, embora o dano a antecedesse: SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível 1001968-43.2020.8.26.0068. Rel. Daniela Menegatti Milano, 19ª Câmara de Direito Privado, j. 28 jul. 2020. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 2002b.

[24] Registre-se o paralelo possível aqui, com a teoria da frustração dos fins do contrato (frustration of purpose doctrine), do direito inglês, e que teve larga divulgação a partir dos denominados coronation cases (dentre outros: Krell v. Henry e Herne Bay Steamboat Co v Hutton, ambos de 1903, e Chandler v. Webster, de 1904), pelos quais a locação de varandas e sacadas para que pessoas se posicionassem para assistir à cerimônia de coroação do Rei Eduardo VII, em 1902, foi frustrada pelo postergação do evento. Nestes casos, a finalidade específica para a qual foi celebrada a locação destes espaços foi considerada condição implícita. O incumprimento dos contratos por impossibilidade ou por frustração dos seus fins (pelo fato do cumprimento resultar em algo radicalmente diferente do inicialmente previsto, resultando na conclusão de que as obrigações originais são, a rigor, impossíveis de serem realizadas), foi incorporado na legislação inglesa a partir de reforma legislativa em 1943, por intermédio do The Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943. Veja-se: MCKENDRICK, Ewan (ed.). *Force majeure and frustration of contract*. 2. ed. London: Routledge, 2013. p. 38 e ss.

[25] Em especial, a tese de SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 293 e ss. Para um exame mais detalhado da renegociação contratual, inclusive com o exame do direito estrangeiro, em razão da pandemia, seja permitido remeter a: MIRAGEM, Bruno. A pandemia de coronavírus, alteração de circunstâncias, e o direito de emergência sobre os contratos, cit., p. 145-147.

[26] Esta, aliás, foi a solução adotada no direito alemão, em que a Lei para Mitigação das Consequências da Pandemia de Covid-19 no Direito Civil, Falimentar e Processual Penal (*Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht*) de 27 de março

casos de consequências mais drásticas ao consumidor (pela intensidade dos denominados acidentes da vida, como o desemprego ou doença, decorrentes das circunstâncias excepcionais a que dá causa)[27].

O reconhecimento de um direito do consumidor à renegociação pode resultar, eventualmente, de um dever de lealdade do fornecedor,[28] mas a solução, inegavelmente, é de *lege ferenda*, o que nas relações de consumo incentiva a aprovação do Projeto de lei 3.515/2015, que atualiza o CDC para incluir normas sobre a prevenção e tratamento do superendividamento de consumidores. Isso não significa que a ausência de um direito subjetivo expresso impeça a renegociação como faculdade das partes, em especial para manutenção do contrato no tempo, visando superar o período mais agudo da pandemia e seus efeitos.

Da mesma forma, a possibilidade de renegociação dos contratos de consumo pode ser contemplada, não individualmente, mas a partir de pactuações com intervenção de órgãos de defesa do consumidor, das entidades representativas de fornecedores e associações de consumidores, ou do próprio Ministério Público e Defensoria Pública, por intermédio da convenção coletiva de consumo (art. 107 do CDC) e do compromisso de ajustamento de conduta (art. 5º, §6º, da Lei 7347/1985). Embora não se desconheça o desprestígio da convenção coletiva e as dificuldades para utilização em grande escala do compromisso de ajustamento de conduta, são instrumento que podem ter sua importância renovada em face dos desafios impostos pela pandemia.

---

de 2020, (*Corona-Gesetz*), dentre várias previsões introduziu o §240 à Lei de Introdução ao Código Civil alemão (*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch*), prevendo a moratória das dívidas de consumidores e pequenos empresários dos contratos de serviços essenciais a sua subsistência, celebrados anteriormente a 8 de março de 2020 e que deixam de ser exigíveis pelo credor até 30 de junho de 2020, uma vez demonstrado que a impossibilidade de pagamento decorre das medidas adotadas para enfrentamento da pandemia. A mesma moratória é concedida aos contratos de mútuo ao consumidor, impondo-se um dever ao mutuante de colocar-se em contato, inclusive por meios remotos, e se dispor à renegociação da dívida. A moratória pode ser estendida, por ato do Poder Executivo, a micro, pequenas e médias empresas (Art. 240, §3º, 8), que também podem prorrogá-la até 30 de setembro de 2020, conforme o art. 240, §3º, 8 e §4º, introduzidos pela Corona-Gesetz na Lei de Introdução ao Código Civil alemão (Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch).

[27] MARQUES, Claudia Lima, BERTONCELLO, Karen; LIMA, Clarissa Costa de. Exceção dilatória para os consumidores frente à força maior da pandemia de Covid-19: Pela urgente aprovação do PL 3.515/2015 de atualização do CDC e por uma moratória aos consumidores. *Revista de Direito do Consumidor,* Brasília, DF, v. 129, p. 47-71, maio-jun. 2020.

[28] PICOD, Yves. *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*. Paris: LGDJ, 1989. p. 212.

6. Formação de preços ao consumidor e pandemia

A formação de preços de mercado, para produtos e serviços, submete-se à racionalidade expressa pela conhecida lei econômica da relação entre oferta e demanda. Com o devido cuidado, entretanto, para assegurar a intervenção constitucionalmente definida para a proteção do consumidor (artigo 5º, XXXII e artigo 170, V, da Constituição), e da livre concorrência (artigos 170, IV, e 173 da Constituição).

Uma das repercussões da instabilidade social causada pela pandemia do coronavírus pode ser a elevação de preços de produtos em razão do aumento da demanda. O Código de Defesa do Consumidor relaciona, entre as práticas abusivas vedadas ao fornecedor, a elevação sem justa causa de preços (art. 39, X), regra cuja origem tem sede nas normas de proteção à livre concorrência.[29] Todavia, não se confunde com a de aumento arbitrário de lucros previsto na legislação concorrencial, nem pressupõe a existência de abuso de posição dominante.

Já sustentei que "em princípio, numa economia estabilizada, elevação superior aos índices de inflação gera uma presunção – relativa, é verdade – de carência de justa causa".[30] Em um regime de livre-iniciativa, contudo, a ausência de controle direto de preços não permite que se impeça o fornecedor de readequar os preços de seus produtos e serviços, inclusive para – se entender correto – aumentar sua margem de lucro. Há abuso quando ao lado do aumento excessivo (elemento quantitativo) isso se dê de forma dissimulada (elemento qualitativo), de modo a evidenciar o aproveitamento da posição dominante frente ao consumidor (desigualdade de posição contratual), caracterizando-se deslealdade negocial que deve ser investigada e demonstrada caso a caso.

---

[29] BENJAMIN, Antônio Herman V. *et al. Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. São Paulo: Forense, 2005. p. 381.

[30] MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 8. ed. São Paulo: RT, 2019. p. 407 e ss.

7. Síntese conclusiva: a tutela do consumidor vulnerável nos contratos afetados pela pandemia

A pandemia do coronavírus e suas repercussões sociais e econômicas desafia o direito do consumidor a assegurar a efetividade de suas normas, em especial visando à tutela do consumidor vulnerável. Os contratos de consumo, ou porque seu objeto vincula-se à subsistência digna dos consumidores, ou porque se caracterizam por sua subordinação ou dependência em relação aos fornecedores, orientam-se no sentido da preservação de sua utilidade, e da proteção dos interesses legítimos do contratante vulnerável.

Os efeitos de escala no descumprimento dos contratos, em razão da pandemia, evidenciam a necessidade de proteger o equilíbrio de interesses, inclusive para a preservação da capacidade de cumprir no futuro, por parte dos fornecedores. Isso, contudo, não os isenta do respeito aos deveres legais previstos no Código de Defesa do Consumidor e na legislação em geral. Tampouco, a impossibilidade definitiva ou temporária de cumprimento da prestação exime o fornecedor de atender os demais deveres acessórios ou anexos, que não se confundem com o dever de prestar.

Deve o intérprete distinguir entre as hipóteses de inadimplemento, entre a impossibilidade definitiva e a temporária, em razão das repercussões da pandemia, sempre sob o critério de preservação do interesse útil do consumidor. Esta impossibilidade se caracteriza na falta de condições de satisfação do interesse legítimo do consumidor. Dentre outras soluções a serem adotadas estão a própria revisão do contrato, nos termos do direito básico do consumidor previsto no art. 6º, V, do CDC, ou sua renegociação, a partir do interesse comum das partes. Não se ignora a oportunidade de atualização legislativa para previsão legal expressa do dever de renegociar, tornando exigível um direito subjetivo à renegociação.

Da mesma forma, considerando as dimensões da crise de cumprimento gerada pela pandemia, a renegociação pode se dar não apenas individualmente, mas em termos coletivos, a partir dos instrumentos que o próprio CDC já prevê — caso da convenção coletiva de consumo e do compromisso de ajustamento de conduta, sem prejuízo de outros arranjos. Refira-se afinal, que dentre as repercussões da pandemia,

como ocorre em boa parte das situações de crise, também a especulação de preços deve ser enfrentada, com os instrumentos que o CDC prevê para este fim (em especial, a repressão à respectiva prática abusiva de aumento arbitrário), no interesse dos consumidores e demais agentes do mercado.

A defesa do consumidor no mercado de consumo caracteriza e delineia a ordem constitucional econômica brasileira (art. 5º, XXXII e art. 170, V, da Constituição da República). Por esta razão, suas normas de ordem pública e interesse social (art. 1º do CDC) se preservam mesmo nos momentos de crise e circunstâncias excepcionais. As normas de emergência terão legitimidade uma vez que sua intepretação e aplicação sejam coerentes com esta determinação constitucional, de modo que se dirijam à proteção dos interesses legítimos dos consumidores, considerados nas suas dimensões individual e coletiva.

Referências

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Rio de Janeiro: Aide, 2004.

ALBIGES, Cristophe. *De l'equité en droit privé*. Paris: LGDJ, 2000.

ANDRIGHI, Nancy; BENETI, Sidnei; ANDRIGHI, Vera. *Comentários ao novo Código Civil*, v. IX. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

AZEVEDO, Álvaro Villaça e. Teoria da imprevisão e revisão judicial dos contratos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 85, n. 733, p. 109-119, 1996.

BARLETTA, Fabiana Rodrigues. *A revisão dos contratos no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2002.

BENJAMIN, Antônio Herman V. *et al*. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. São Paulo: Forense, 2005.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor.* 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2018.

FONSECA, Arnoldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Tradução Carlos Fernández Rodríguez. Granada: Editorial Comares, 2002.

MARQUES, Claudia Lima; BERTONCELLO, Karen; LIMA, Clarissa Costa de. Exceção dilatória para os consumidores frente à força maior da pandemia de COVID-19: Pela urgente aprovação do PL 3.515/2015 de atualização do CDC e por uma moratória aos consumidores. *Revista de Direito do Consumidor,* Brasília, DF, v. 129, p. 47-71, 2020.

MARTINS, Plínio Lacerda. O caso fortuito e a força maior como causas de exclusão da responsabilidade no Código do Consumidor. *Revista dos Tribunais,* São Paulo, v. 690, p. 287-291, 1993.

MCKENDRICK, Ewan (ed.). *Force majeure and frustration of contract*. 2. ed. London: Routledge, 2013.

MIRAGEM, Bruno. A pandemia de coronavírus, alteração de circunstâncias, e o direito de emergência sobre os contratos. *In:* CARVALHOSA, Modesto; KUYVEN, Luiz Fernando (coord.). *Impactos jurídicos e econômicos da Covid-19 no direito brasileiro*. São Paulo: RT: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 137-152.

________. *Direito civil:* direito das obrigações. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

________. *Curso de direito do consumidor.* 8. ed. São Paulo: RT, 2019.

________. Nota relativa à pandemia de coronavírus e suas repercussões sobre os contratos e a responsabilidade civil. *Revista dos Tribunais, São Paulo*, v. 1015, p. 1-9, 2020.

________. Princípio da vulnerabilidade: perspectiva atual e funções no direito do consumidor contemporâneo. *In:* MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Claudia Lima; DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães (org.). *Sociedade de consumo, proteção do consumidor e desenvolvimento:* comemoração dos 30 anos do Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: GEN: Forense, 2020. No prelo.

MORAES, Renato José. *Cláusula rebus sic stantibus*. São Paulo: Saraiva, 2001.

MUCELIN, Guilherme; D'AQUINO, Lúcia. O papel do direito do consumidor para o bem-estar da população brasileira e o enfrentamento à pandemia de COVID-19. *Revista de Direito do Consumidor*, Brasília, DF, v. 129, p. 17-46, 2020.

PICOD, Yves. *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*. Paris: LGDJ, 1989.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Mandado de Segurança Cível, 71009353889. 3ª Turma Recursal Cível, rel. Fabio Vieira Heerdt, j. 25 jun. 2020. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 2020.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier; PRADO, Augusto Cézar L. A liberdade contratual e a função social do contrato – alteração do art. 421-A do Código Civil – art. 7º. *In:* MARQUES NETO, Floriano de Azevedo E.; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Comentários à Lei da Liberdade Econômica:* Lei 13.874/2019. São Paulo: RT, 2019.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. *Revisão judicial dos contratos:* autonomia da vontade e teoria da imprevisão. São Paulo: Atlas, 2006.

RIPERT, George. *A regra moral das obrigações civis*. Campinas: Bookseller, 2000.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento 2082733-91.2020.8.26.0000. Rel. Melo Colombi, 14ª Câmara de Direito Privado, j. 15 jun. 2020. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 15 jun. 2020a.

________. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível 1001968-43.2020.8.26.0068. Rel. Daniela Menegatti Milano, 19ª Câmara de Direito Privado, j. 28 jul. 2020. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 28 jul. 2020b.

________. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento 2117650-39.2020.8.26.0000. Rel. Gilberto dos Santos, 11ª Câmara de Direito Privado, j. 30 jul. 2020. *Diário de Justiça,* Brasília, DF, 2020c.

SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar.* São Paulo: Saraiva, 2018.

SILVA, Luís Renato Ferreira da. *Revisão dos contratos:* do Código Civil ao Código do Consumidor. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

Sustentabilidade, deveres de proteção estatal e deveres fundamentais dos consumidores — uma análise à luz da Constituição Federal de 1988 e aos 30 anos de vigência do código de defesa do consumidor[1]

Ingo Wolfgang Sarlet[2]
Advogado e desembargador aposentado

Tiago Fensterseifer[3]
Defensor público

1. Introdução

A despeito de o conceito de consumo sustentável, há considerável tempo, ter sido incluído na agenda dos eixos (e metas) — social, econômico e ecológico — em torno dos quais gravita o princípio (e dever) da sustentabilidade, cuida-se de temática sempre atual e de cimeira importância, carente de desenvolvimento permanente. Nesse sentido, ao ensejo das comemorações relativas aos 30 anos de

---

[1] O presente texto não é propriamente inédito, porquanto, salvo alguns ajustes (inclusive quanto ao título, introdução e conclusões) e atualização bibliográfica e jurisprudencial, corresponde ao trabalho publicado previamente pelos autores na *Revista de Direito do Consumidor* (Editora Revista dos Tribunais).

[2] Doutor em Direito pela Universidade de Munique. Estudos e pesquisas em nível pós-doutoral (como pesquisador visitante) na Universidade de Munique, Georgetown Law Center, Instituto Max-Planck de Direito Social e Política Social de Munique e Instituto Max-Planck de Direito Privado Estrangeiro e Internacional, Hamburgo, dentre outros. Professor Titular e Coordenador do PPGD da Escola de Direito da PUCRS. Desembargador aposentado do TJRS. Advogado e Consultor.

[3] Doutor e Mestre em Direito Público pela PUC/RS, com pesquisa de doutorado-sanduíche junto ao Instituto Max-Planck de Direito Social e Política Social (MPISOC) de Munique, na Alemanha. Estudos em nível de pós-doutorado no MPISOC (2018/2019). Autor, entre outras, das obras, em coautoria com Ingo W. Sarlet: Direito Constitucional Ecológico (São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019) e Curso de Direito Ambiental (Rio de Janeiro. GEN/Forense, 2020). Defensor Público (SP).

vigência do Código de Defesa do Consumidor — CDC (Lei 8.078/90), nada mais oportuno do que — no caso dos autores — resgatar o tema e situá-lo nesse contexto.

Considerando, de outra parte, que o Código de Defesa do Consumidor representa a opção principal adotada pelo legislador infraconstitucional para regulamentar e concretizar, dando-lhe vida e eficácia jurídica e social, o dever constitucional de proteção do consumidor (na forma da lei), assegurado no artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal de 1988 (doravante apenas CF), imperioso que (também!) se analise o tema, como aqui se propõe, na perspectiva constitucional.

Outrossim, embora não seja o caso de aprofundar aqui a sua configuração dogmática, é indispensável recordar que, embora inserido no catálogo constitucional de direitos, Título II da CF, o enunciado semântico do Artigo 5º, inciso XXXII, CF ("o Estado promoverá, na forma da lei, a proteção do consumidor") não revela, do ponto de vista literal, a definição de um direito, mas sim, de um dever constitucional de proteção, remetendo ao legislador ordinário a tarefa de, com ampla margem de conformação, regular o regime jurídico de proteção dos consumidores, o que, aliás, veio a ocorrer pouco tempo depois de promulgada a Carta de 1988, com a edição do CDC.

Todavia, não só, mas em especial a sua previsão no título dos direitos e garantias fundamentais, permite (e mesmo impõe), a exemplo do que sustenta, ainda que nem sempre mediante a mesma linha argumentativa, a literatura jurídica e jurisprudência absolutamente dominante no Brasil, a existência e reconhecimento de um direito (fundamental) subjetivo à proteção do consumidor[4], por sua vez, decodificado em um leque de posições subjetivas, que envolvem tanto direitos a prestações normativas (jurídicas), direitos à participação na organização e procedimento, direitos a prestações fáticas e direitos de caráter

[4] Cf., entre outros, MIRAGEM, Bruno. O direito do consumidor como direito fundamental. In: MARQUES, Cláudia; MIRAGEM, Bruno (org.). *Doutrinas essenciais de direito do consumidor, vol. II*. São Paulo: RT, 2010, p. 25-49, PASQUALOTTO, Adalberto. Fundamentalidade e efetividade da defesa do consumidor. *Revista Direitos Fundamentais e Justiça,* Porto Alegre, v. 3. n. 9, p. 66-100, 2009; EFING, Antônio Carlos; GIBRAN, Fernanda Mara; BLAUTH, Flávia Noemberg L. A proteção jurídica do consumidor enquanto direito fundamental e sua efetividade diante de empecilhos jurisprudenciais: o Enunciado 381 do STJ. *Revista Direitos Fundamentais & Justiça,* Porto Alegre, v. 5, n. 17, p. 207-226, 2011.

defensivo (negativo), posições jusfundamentais que acabaram também sendo concretizadas pelo próprio Código de Defesa do Consumidor (doravante apenas CDC) e pela jurisprudência[5].

Nessa toada, o que se busca no presente texto, é analisar a noção (conceito) de consumo sustentável na perspectiva dos deveres de proteção estatais (seja do consumidor, seja no que diz respeito ao dever de sustentabilidade), combinada com o instituto dos assim chamados deveres fundamentais, aqui com foco no cidadão-consumidor, porquanto é nas duas dimensões (deveres estatais e deveres fundamentais das pessoas) que se processa a regulação e realização concreta das exigências tanto do princípio (e correspondente dever) de sustentabilidade e o direito fundamental à proteção do consumidor.

Para tanto, iniciaremos com algumas considerações sobre o conceito de desenvolvimento sustentável (2), discorrendo, na sequência, sobre o Estado socioambiental de Direito, os princípios da ordem econômica e o princípio da sustentabilidade na ordem constitucional brasileira (3), migrando para uma breve apresentação dos assim chamados três pilares da sustentabilidade (4) e enfrentando o tema do princípio do consumo responsável e correspondentes deveres dos consumidores (5) de modo a encerrar com algumas conclusões articuladas (6).

Antes de avançar, contudo, é o caso de agradecermos aos ilustres organizadores desta obra pela possibilidade de oferecermos o presente texto e integrarmos tão seleto grupo de autores.

2. Considerações gerais sobre o conceito de desenvolvimento sustentável (ou sustentabilidade)

> A fim de alcançar o *desenvolvimento sustentável*, a proteção do ambiente deverá constituir-se como parte integrante do processo de desenvolvimento e não poderá ser considerada de forma isolada. (Princípio 4 da Declaração do Rio de 1992)

---

[5] V. nesse sentido o leque de direitos básicos do consumidor apresentado por MARQUES, Cláudia Lima. A Lei 8.078/1990 e os direitos básicos do consumidor. *In:* BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor.* 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 61 e ss.

> A Política Nacional do Meio Ambiente visará: *I – à compatibilização do desenvolvimento econômico--social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico* […]”. (Art. 4º, I, da Lei 6.938/81)

Tanto as ideologias liberais quanto as socialistas, como bem acentuam José R. Morato Leite e Patryck de A. Ayala, não souberam lidar com a crise ambiental e tampouco inseriram a agenda ambiental no elenco das prioridades dos seus respectivos projetos político-econômicos, especialmente se se considerar que ambos os modelos – o capitalismo industrial e o coletivismo industrial – promoveram um modelo de produção extremamente agressivo ao ambiente[6]. O quadro contemporâneo de degradação e crise ambiental é fruto, portanto, dos modelos econômicos experimentados no passado e dos equívocos que seguem sendo cometidos, não tendo sido, além disso, cumprida a promessa de bem-estar para todos como decorrência da Revolução Industrial, mas sim, instalado um contexto de devastação ambiental planetária e indiscriminada sem precedentes.[7]

No mesmo sentido, Vasco Pereira da Silva destaca que o Estado Social "desconhecera em absoluto" a problemática ambiental, por estar imbuído de uma "ideologia otimista" do crescimento econômico, como "milagre" criador do progresso e de qualidade de vida.[8] Somente com a crise do modelo de Estado Social ou de Providência, surgida no final dos anos 1960 e cujos sintomas mais agudos só foram sentidos nos anos 1970, com a denominada "Crise do Petróleo", que se obrigou a uma tomada generalizada de consciência acerca dos limites do crescimento econômico e da esgotabilidade dos recursos naturais.[9] Também data do início da década de 1970 o relatório do Clube de Roma sobre os limites do crescimento econômico, revelando diversos problemas sociais e econômicos relacionados à crescente poluição ambiental e ao esgotamento dos recursos naturais.

---

[6] MORATO LEITE, José Rubens; AYALA, Patryck de Araújo. *Dano ambiental:* do individual ao coletivo extrapatrimonial (teoria e prática). 3. ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais,* 2010, p. 24.

[7] Ibidem.

[8] PEREIRA DA SILVA, Vasco. *Verde cor de direito:* lições de Direito do Ambiente. Coimbra: Almedina, 2002, p. 18.

[9] Ibidem, p. 17-18.

Foi precisamente naquela quadra que o conceito de *desenvolvimento sustentável* foi cunhado no âmbito da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento das Nações Unidas, designadamente por meio do *Relatório nosso futuro comum* (1987), veiculando a noção de que desenvolvimento sustentável seria "aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem a suas próprias necessidades".[10] Incorporando o conceito adotado pelo *Relatório nosso futuro comum*, o Princípio 4 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992), veio a estabelecer que "a fim de alcançar o *desenvolvimento sustentável*, a proteção do ambiente deverá constituir-se como parte integrante do processo de desenvolvimento e não poderá ser considerada de forma isolada". A ideia de sustentabilidade[11] encontra-se, portanto, vinculada à proteção do ambiente, já que manter (e, em alguns casos, recuperar) o equilíbrio ambiental implica o uso racional e harmônico dos recursos naturais, de modo a não os levar ao seu esgotamento e degradação.

O conceito de desenvolvimento transcende, substancialmente, a ideia limitada de crescimento econômico. Nesse sentido, a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento (1986), da qual o Brasil é signatário, dispõe (art. 1º, §1º) que

> o *direito ao desenvolvimento* é um direito humano inalienável, em virtude do qual toda pessoa e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, a ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados.

Esse entendimento também está presente no pensamento de Amartya Sen, que identifica o desenvolvimento como expressão da

---

[10] COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. *Relatório Nosso Futuro Comum*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1991, p. 43.

[11] Especificamente sobre o desenvolvimento sustentável, v., por todos, BOSSELMANN, Klaus. *The principle of sustainability*. London: Ashgate, 2008.

própria liberdade do indivíduo, de tal sorte que ele deve necessariamente resultar na eliminação da privação de liberdades substantivas (leia-se: bens sociais básicos, como, por exemplo, alimentação, tratamento médico, educação, água tratada ou saneamento básico),[12] rol que deve ser acrescido da qualidade do ambiente, conforme reconhecido pelo próprio Sen.[13]

Até por uma questão de *justiça entre gerações humanas,* a geração presente teria a responsabilidade de deixar como legado às gerações futuras *condições ambientais idênticas ou melhores* do que aquelas recebidas das gerações passadas, estando a geração vivente, portanto, vedada a alterar em termos negativos as condições ecológicas, até por força do *princípio da proibição de retrocesso ambiental e do dever* (do Estado e, em certa medida, dos particulares) de *melhoria progressiva da qualidade ambiental*[14]. Há, por assim dizer, um entrelaçamento normativo entre a ordem econômica, os direitos sociais e a proteção ambiental na conformação do conceito de desenvolvimento.

No plano legislativo nacional, a noção de sustentabilidade encontrou ressonância já na legislação editada antes mesmo da "constitucionalização" dos direitos (e deveres) ecológicos verificada por meio da nossa Lei Fundamental de 1988 (art. 225). Com efeito, a Lei 6.938/81, no seu art. 4º, entre os objetivos da Política Nacional do Meio Ambiente, destaca a *"compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico"* (inciso I) e a *"preservação e restauração dos recursos ambientais com vistas à sua utilização racional e disponibilidade permanente,* concorrendo para a manutenção do equilíbrio ecológico propício à vida" (inciso VI).

Também a Lei da Política Nacional de Recursos Hídricos (Lei 9.433/97) arrolou, no seu art. 2º, como objetivos da PNRH: I – *assegurar à atual e às futuras gerações a necessária disponibilidade*

---

[12] SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 18.

[13] Ibidem, p. 9.

[14] Cf., por todos, MURSWIEK, Dietrich. Art. 20a – Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen. *In:* SACHS, Michael (ed.). *Grundgesetz Kommentar.* München: C.H. Beck, 1996, p. 662, afirmando a existência de um dever jurídico-constitucional de melhoria das condições ambientais (e da proteção ambiental) e uma correspondente proibição de piora nos níveis de proteção do ambiente e das condições ambientais em si.

de água, em padrões de qualidade adequados aos respectivos usos; e II – *a utilização racional e integrada dos recursos hídricos*, incluindo o transporte aquaviário, com vistas ao desenvolvimento sustentável. No mesmo rumo, a Lei da Mata Atlântica (Lei 11.428/2006) consagrou, no seu art. 6º, *caput*, como objetivo central a proteção do bioma da Mata Atlântica com vistas ao *desenvolvimento sustentável*.

Nessa mesma trilha, a Lei da Política Nacional sobre Mudança do Clima (Lei 12.187/2009), no seu art. 3º, arrolou, entre os princípios norteadores da PNMC, o princípio do *desenvolvimento sustentável*. Além dos diplomas referidos, a Lei da Política Nacional de Resíduos Sólidos (Lei 12.305/2010) consagrou, entre os princípios da PNRS, "a visão sistêmica, na gestão dos resíduos sólidos, que considere as *variáveis ambiental, social, cultural, econômica, tecnológica e de saúde pública*" (inciso III), "o desenvolvimento sustentável" (inciso IV), e "a ecoeficiência, mediante a compatibilização entre o fornecimento, a preços competitivos, de bens e serviços qualificados que satisfaçam as necessidades humanas e tragam qualidade de vida e a *redução do impacto ambiental e do consumo de recursos naturais a um nível, no mínimo, equivalente à capacidade de sustentação estimada do planeta*" (inciso V). Mais recentemente, o Novo Código Florestal (Lei 12.651/2012) também consagrou o desenvolvimento sustentável como o objetivo central do regime jurídico de proteção florestal (art. 1º, parágrafo único).

Em termos gerais, conforme se pode apreender dos exemplos destacados, a legislação ambiental brasileira incorporou o princípio do desenvolvimento sustentável e lhe deu vida, ainda que com isso não esteja resolvida a questão da eficácia social (efetividade) da legislação. Além disso, todo o arcabouço legislativo infraconstitucional há de ser analisado e aplicado no âmbito do marco mais amplo representando pelo Estado Socioambiental de Direito, tal como consagrado no texto constitucional vigente, por sua vez, iluminado pelos princípios e diretivas do sistema internacional, o que será objeto, precisamente, já do próximo tópico.

3. Estado (socioambiental) de Direito, ordem econômica e sustentabilidade na Constituição Federal de 1988

Para além da regulação legislativa ou mesmo administrativa e judicial do princípio do desenvolvimento sustentável (ou simplesmente

sustentabilidade), importa sublinhar que existe uma tensão dialética permanente entre o objetivo da proteção ambiental e o desenvolvimento socioeconômico, de modo que a opção por uma perspectiva integrada – socioambiental – implica ainda maior (e também mais complexa e tensionada) articulação com uma concepção de "Constituição econômica", que, portanto, não pode ser concebida como um núcleo isolado no contexto mais amplo da ordem constitucional.[15]

Em razão do forte conteúdo econômico que envolve a utilização dos recursos naturais, e, consequentemente, das pressões de natureza político-econômica que permeiam, na grande maioria das vezes, as medidas protetivas do ambiente, tanto no campo legislativo quanto administrativo, Paulo de Bessa Antunes pontua que não se pode entender a natureza econômica da proteção jurídica do ambiente como um tipo de relação jurídica que privilegie a atividade produtiva em detrimento de um padrão de vida mínimo que deve ser assegurado aos seres humanos, mas que a preservação e a utilização sustentável e racional dos recursos ambientais devem ser encaradas de modo a assegurar um padrão constante de elevação da qualidade de vida, sendo, portanto, o fator econômico encarado como desenvolvimento, e não como crescimento.[16]

Entre os aspectos relevantes do paradigma do desenvolvimento sustentável, está a *internalização dos custos ecológicos* decorrentes das práticas econômicas produtivas. De acordo com a lição de Fábio Nusdeo, em sua obra precursora no âmbito nacional sobre a temática do desenvolvimento sustentável intitulada *Desenvolvimento e ecologia* (1975),

> a grande maioria dos fenômenos ligados à poluição e à degradação ambiental enquadram-se na categoria das externalidades. São, na realidade, custos transferidos por um circuito paralelo ao mercantil e que atingem indistintamente a comunidade. Esta não consegue encontrar no conjunto das instituições que disciplinam o sistema econômico meios

[15] A respeito da concepção de Constituição econômica, v. BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e desenvolvimento:* uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 13.

[16] ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 23.

> de deles se ressarcir e, assim, o processo vai-se estendendo indefinidamente, cumulando os seus efeitos. São, portanto, verdadeiros custos sociais, tal como acima definidos.[17]

O modelo de um Estado "socioambiental" de direito, como por nós advogado, longe de ser um Estado "mínimo" (permissivo no que diz com o livre jogo dos atores econômicos e do mercado), deve ser um Estado regulador da atividade econômica, capaz de dirigi-la e ajustá-la aos valores e princípios constitucionais, objetivando o desenvolvimento humano e social de forma ambientalmente sustentável.[18] Nessa perspectiva, por mais que se possa e deva reconhecer os câmbios ocorridos na esfera da teoria (e prática) da Constituição Dirigente (na perspectiva de um dirigismo – mas não "totalitarismo" ecológico), aspectos que, todavia, aqui não poderão ser aprofundados, resulta evidente que especialmente na esfera ambiental, uma vez reconhecida a vinculação jurídica (e mesmo judicialmente controlável) dos órgãos estatais, com destaque para o legislativo e executivo, às imposições constitucionais, ainda mais à vista do perfil adotado pelo direito constitucional brasileiro, não é possível desconsiderar ou mesmo minimizar a noção de constituição dirigente e sua articulação com a constituição econômica e o problema do desenvolvimento.[19]

O princípio do desenvolvimento sustentável expresso no art. 170 (inciso VI) da CF/88, confrontado com o direito de propriedade privada e a livre iniciativa (*caput* e inciso II do art. 170), também se presta a

---

[17] NUSDEO, Fábio. *Desenvolvimento e ecologia*. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 52. A literatura econômica destaca como original e referencial, na temática das externalidades, a obra do economista inglês PIGOU, Arthur Cecil. *The Economics of Welfare*. London: Mcmillan, 1932.

[18] Discorrendo sobre um Estado "regulador" democrático de direito e vinculando tal modelo ao desenvolvimento sustentável, v. FRANÇA, Phillip Gil. *O controle da administração pública*: tutela jurisdicional, regulação econômica e desenvolvimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, especialmente p. 113 e ss. e 191 e ss.; e, mais recentemente, FREITAS, Juarez. S*ustentabilidade:* o direito ao futuro. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, especialmente p. 229-280.

[19] Sobre a relação entre Constituição Econômica, desenvolvimento e Constituição Dirigente, v. especialmente, BERCOVICI, *Constituição Econômica e desenvolvimento:* uma leitura a partir da Constituição de 1988, cit., p 33 e ss. Propondo, com razão, a adoção de uma concepção constitucionalmente adequada e afinada com o estágio de desenvolvimento social, político, econômico e cultural dos países de modernidade tardia (países em desenvolvimento, habitualmente tidos como "periféricos"), v. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica:* uma nova crítica do Direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

desmistificar a perspectiva de um capitalismo liberal-individualista em favor dos valores e princípios constitucionais ambientais. Com relação à pedra estruturante do sistema capitalista, ou seja, à propriedade privada, os interesses do seu titular devem ajustar-se aos interesses da sociedade e do Estado, na esteira das funções social e ecológica que lhe são inerentes.

A ordem econômica, constitucionalizada a partir dos princípios diretivos do art. 170 da CF/88, mas também e essencialmente com base também nos demais fundamentos e objetivos constitucionais que a informam (por exemplo, os objetivos fundamentais da República elencados no artigo 3º da CF/88), expressa uma opção pelo que se poderia designar de um *capitalismo ambiental ou socioambiental* (ou *economia ambiental* ou *socioambiental de mercado*)[20] capaz de compatibilizar a livre iniciativa, a autonomia e a propriedade privada com a proteção ambiental e a justiça social (e também justiça ambiental), tendo como norte normativo "nada menos" do que a proteção e promoção de uma vida humana digna e saudável (e, portanto, com qualidade, equilíbrio e segurança ambiental) para todos os membros da comunidade estatal.

Para ilustrar esse projeto normativo em termos práticos, destaca-se, dentre outros instrumentos jurídicos criados com o propósito de conciliar as práticas produtivas com a proteção ambiental, o *estudo prévio de impacto ambiental* (art. 225, § 1º, IV, da CF/88, art. 10 da Lei 6.938/81 e Resolução 237/97 do Conama) exigido para a instalação de obra ou atividade causadora ou potencialmente causadora de significativa degradação ambiental. Em linhas gerais, trata-se de um mecanismo jurídico de ajuste e regulação da atividade econômica, que limita o

---

[20] Nesse sentido, por todos, v. SCHOLZ, Rupert. Art. 20a. In: HERZOG, Roman; SCHOLZ, Rupert; HERDEGEN, Matthias; KLEIN, Hans (ed.). *Grundgesetz Kommentar, vol. III*. München: C.H. Beck, 2011, que refere uma economia social e ecológica de mercado ("soziale und ökologische Marktwirtschaft" ou "umweltsoziale Marktwirtschaft"). Como fonte de inspiração, toma-se aqui a conhecida fórmula da economia social de mercado (*soziale Marktwirtschaft*) desenvolvida na Alemanha sob a égide da Lei Fundamental de 1949, e que marcou também o modelo do Estado Social e Democrático de Direito germânico do segundo pós-guerra, em que pese a crise e as transformações experimentadas nos últimos tempos. Para uma perspectiva jurídico-constitucional geral, que abrange os principais aspectos da ordem econômica da Constituição alemã, v., por todos, PAPIER, Hans-Jürgen. Grundgesetz und Wirtschaftsordnung. *In:* BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen (ed.). *Handbuch des Verfassungsrechts, Volume I*. Berlin: Walter de Gruyter, 1984, p. 609-652, lembrando que existe edição mais recente em alemão e tradução da obra completa para a língua espanhola.

direito de propriedade e a livre iniciativa dos atores econômicos privados, conformando o seu comportamento ao princípio constitucional (e dever) do desenvolvimento sustentável.

O mesmo entendimento é advogado por Cristiane Derani, ao assinalar que a avaliação de impacto ambiental incorpora um processo de planejamento para a "sustentabilidade" das atividades econômicas, integrado por um conjunto de ações estratégicas em vista de uma melhoria (e também melhor distribuição) da qualidade de vida.[21] Ainda nesse contexto, Orci P. Bretanha Teixeira aduz que não se pode desconsiderar crescente relevância do poder de polícia como instrumento conferido ao Estado para viabilizar a intervenção na economia, de modo a fiscalizar e regulamentar as atividades poluidoras ou potencialmente poluidoras.[22]

Considerando que a incorporação da proteção ambiental como objetivo fundamental do Estado não é incontroversa, de modo especial por implicar uma reorientação radical das funções econômicas e sociais do Estado, é preciso ter em mente – de acordo com a lição de José Manuel Pureza – que, diferentemente da lógica limitativa que estava em jogo no embate entre Estado Liberal e o Estado Social, a questão decisiva para o Estado de Direito Ambiental (ou Socioambiental, como preferimos) não é a intensidade da intervenção econômica do Estado, mas sim o primado do princípio do destino universal dos bens ambientais, o que impõe o controle jurídico do uso racional do patrimônio natural.[23] O autor português agrega, ainda, que o Estado Ambiental assume abertamente o patrimônio natural e o ambiente como bens públicos, objeto de utilização racional (controlada, por exemplo, através de instrumentos fiscais ou administrativos), impondo balizas jurídicas que orientem toda a atividade econômica para um horizonte de solidariedade substancial.[24]

Seguindo a mesma linha de entendimento, é possível, tomando por empréstimo a lição de Ramón Mateo, afirmar que o conceito de

---

[21] DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 158.

[22] TEIXEIRA, Orci Paulino Bretanha. *O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 92.

[23] PUREZA, José Manuel. *Tribunais, natureza e sociedade:* o direito do ambiente em Portugal. Lisboa: Cadernos do Centro de Estudos Judiciários, 1996, p. 27.

[24] Ibidem, p. 28.

desenvolvimento sustentável vai mais além de uma mera harmonização entre a economia e a ecologia, incluindo valores morais relacionados à solidariedade,[25] o que indica o estabelecimento de uma nova ordem de valores que devem conduzir a ordem econômica rumo a uma produção social e ambientalmente compatível com a dignidade de todos os integrantes da comunidade político-estatal. O desenvolvimento econômico, portanto, deve estar vinculado à ideia de uma melhoria substancial da qualidade de vida, e, portanto, não apenas assentar em aspectos quantitativos no que diz com o crescimento econômico.

A partir da mesma ideia de solidariedade, inclusive considerando a dimensão intergeracional que lhe é inerente, Édis Milaré alerta para a relação entre "direito" e "dever" consubstanciada no princípio do desenvolvimento sustentável,[26] na medida em que tal comando jurídico impulsiona, para além do direito individual e coletivo de viver e desenvolver-se em um ambiente ecologicamente equilibrado, a ideia de responsabilidade e dever das gerações humanas presentes em preservar e garantir condições ambientais favoráveis para o desenvolvimento adequado da vida das futuras gerações. Assim, desde logo é preciso sublinhar que o princípio da sustentabilidade, do ponto de vista jurídico-normativo, é sempre também e em primeira linha um dever de sustentabilidade, vinculativo dos atores estatais e (a despeito de alguns ajustes) na esfera das relações privadas.

Com efeito, o compartilhamento de responsabilidades jurídicas (e, portanto, não apenas morais) entre o Estado e os particulares (sociedade em geral) para o atingimento do objetivo emanado do princípio da sustentabilidade, conforme revelada de forma expressa no *caput* do art. 225 da CF/88, ganha contornos normativos, respectivamente, nos *deveres de proteção ambiental* do Estado e nos *deveres fundamentais ambientais* atribuídos aos particulares (tanto pessoas físicas quanto jurídicas). Tais "deveres jurídicos", como forte embasamento constitucional, prestam-se a "modelar" o

---

[25] MATEO, Ramón Martín. *Manual de derecho ambiental*. 3. ed. Navarra: Editorial Thomson: Aranzadi, 2003, p. 38.

[26] MILARÉ, Édis. Princípios fundamentais do direito do ambiente. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 756, p. 64, 1998.

comportamento dos agentes públicos e privados no seu trânsito pela órbita econômica, adequando-o à proteção dos valores e direitos ecológicos.

É com razão, portanto — e a lição se revela perfeitamente compatível com o nosso próprio modelo —, que Antonio E. Perez Luño aponta para a opção constitucional espanhola de tutela ambiental, objetivando um modelo de desenvolvimento econômico e humano de resgate do "ser" (qualitativo) em detrimento de um modelo predatório do "ter" (quantitativo)[27], não sendo à toa que a garantia de uma existência digna foi erigida à condição de objetivo maior também no âmbito da ordem econômica na CF/88.

De qualquer sorte, já é possível perceber, em face da articulação dialética e dinâmica das questões ambientais, com a seara econômica, social e política, o caráter multidimendisional[28] da sustentabilidade e a necessidade de uma compreensão integrada e que não se limita a privilegiar apenas uma das facetas apontadas, que é o que se verá precisamente na sequência.

4. Os três pilares (social, econômico e ambiental) da sustentabilidade

O *Relatório nosso futuro comum* (1987), da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, reconheceu, conforme destacamos anteriormente, além da nossa dependência existencial em face da biosfera, o quadro de desigualdade social que acompanha o projeto de desenvolvimento econômico e social levado a cabo até então

---

[27] À luz do texto constitucional espanhol, Antonio E. Perez Luño pontua que "con la protección de 'un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona' se hace eco de la inquietud contemporánea por ofrecer una alternativa al modelo, de signo puramente cuantitativo, del desarrollo económico y humano. La opción constitucional representa un expreso rechazo de la lógica del 'tener', centrada en la acumulación exclusiva y excluyente de los productos de una explotación ilimitada de los recursos humanos y naturales; a favor del modelo del 'ser', que exige el goce compartido (o inclusivo) de los frutos de un progreso selectivo y equilibrado. De que tal propósito no sea traicionado, o relegado al limbo de las buenas intenciones, depende el inmediato futuro de nuestra calidad de vida". PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 5. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1995, p. 478.

[28] Sustentando tal entendimento, v. FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade:* o direito ao futuro. Belo Horizonte, Fórum, 2011.

no cenário mundial, revelando que alguns poucos países e comunidades no mundo consomem e esgotam boa parte dos recursos naturais, ao passo que outros, em um número muito maior, consomem muito pouco e vivem na perspectiva da fome, da miséria, da doença e da morte prematura.[29] Tais considerações também foram embutidas na própria compreensão do conteúdo e alcance do conceito e do correspondente princípio da sustentabilidade. Nessa perspectiva, de acordo com Alexandre Kiss e Dinah Shelton, os objetivos a serem alcançados com base no conceito de sustentabilidade subjacente ao *Relatório nosso futuro comum* seriam: a) retomar o crescimento econômico, mas mudando a sua *dimensão qualitativa;* b) *atender às necessidades essenciais em termos de empregos, alimentos, energia, água e saneamento;* c) garantir um nível sustentável quanto ao crescimento demográfico; d) melhorar e conservar os recursos básicos; e) reorientar a tecnologia e a gestão de riscos; f) conciliar o ambiente e a economia na tomada de decisões.[30]

Mas mesmo antes do *Relatório nosso futuro comum* (1987), o Preâmbulo da Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano de 1972, item 4, já havia consagrado o mesmo entendimento, ao referir que

> nos países em desenvolvimento, a maioria dos problemas ambientais estão motivados pelo subdesenvolvimento. Milhões de pessoas seguem vivendo muito abaixo dos níveis mínimos necessários para uma existência humana digna, privada de alimentação e vestuário, de habitação e educação, de condições de saúde e de higiene adequadas. Assim, os países em desenvolvimento devem dirigir seus esforços para o desenvolvimento, tendo presente suas prioridades e a necessidade de salvaguardar e melhorar o meio ambiente. Com o mesmo fim, os países industrializados devem esforçar-se para reduzir a distância que os separa dos países em desenvolvimento. Nos países industrializados, os

---

[29] COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. *Relatório nosso futuro comum.* 2. ed. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1991, p. 29.

[30] KISS, Alexandre; SHELTON, Dinah. *Guide to international environmental law.* Leiden: Brill: Boston: Martinus Nijhoff, 2007, p. 97.

> problemas ambientais estão geralmente relacionados com a industrialização e o desenvolvimento tecnológico.

De lá para cá, tanto a degradação do ambiente quanto a desigualdade social foram agravadas. O enfrentamento dos problemas ambientais e a opção por um *desenvolvimento sustentável* passam, portanto, necessariamente, pela correção do quadro alarmante de desigualdade social e da falta de acesso de parte expressiva da população aos seus direitos sociais básicos, o que, importa referir, também é causa agravante da degradação ambiental. A realização dos *direitos sociais,* além de não ter atingido níveis satisfatórios na maior parte dos casos, necessitando, portanto, de contínuo investimento, de há muito reclama seja agregado um novo desafio existencial, no caso, a proteção do ambiente. Diante dos novos desafios postos no mundo contemporâneo para a sociedade, o Estado e o Direito, Antonio Herman Benjamin destaca que o surgimento do Direito Ambiental está justamente vinculado às dificuldades do Estado (e dos cidadãos de um modo geral) de enfrentar uma nova e complexa situação posta no seio da sociedade industrial: a degradação ambiental.[31]

Como bem pontua Cármen Lúcia Antunes Rocha, a CF/88 traz o bem-estar social e a qualidade de vida como "princípios-base" da ordem econômica, sendo que a ordem social (aí também incluída a proteção ambiental), que era relegada a um plano secundário antes de 1988, ganhou "foro e título próprios" no novo texto constitucional.[32] Pode-se dizer, portanto, em apertada síntese, que o constituinte brasileiro delineou no texto constitucional, para além de um *capitalismo social*, um capitalismo ambiental (ou *socioambiental*), consagrando a proteção ambiental como princípio matriz da ordem econômica (art. 170, inciso VI, da CF/88).[33] Por tais razões, entre outras que aqui se poderia invocar, o princípio da sustentabilidade opera, também na

---

[31] BENJAMIN, Antonio Herman. Função ambiental. *In:* BENJAMIN, Antonio Herman (coord.). *Dano ambiental:* prevenção, reparação e repressão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 15.

[32] ANTUNES ROCHA, Cármen Lúcia. Constituição e ordem econômica. *In:* FIOCCA, Demian; GRAU, Eros Roberto (org.). *Debate sobre a Constituição de 1988*. São Paulo: Paz e Terra, 2001, p. 12.

[33] "Art. 170 (...) VI – a defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação".

ordem jurídico-constitucional brasileira, como um princípio estruturante, de caráter multidimensional[34], e que, de acordo com a lição de Wolfgang Kahl, assume a condição de *um conceito composto, de natureza complexa, relacional, além de dependente de uma compreensão contextualizada,* a demandar uma compreensão abrangente e carente de integração pelo legislador e órgãos estatais em geral, especialmente no plano da organização e do procedimento[35], informando não apenas a seara ambiental em sentido estrito (ainda que adotado um conceito amplo de ambiente), mas também as esferas econômica e social, designadamente pela função de articulação e coordenação de tais dimensões no âmbito do Estado Socioambiental de Direito. Nessa perspectiva, além da necessidade de uma compreensão integrada do regime jurídico dos direitos *fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais* (Desca), de modo a contemplar uma tutela ampla e qualificada da dignidade da pessoa humana, tanto sob a perspectiva individual quanto coletiva, a própria noção de sustentabilidade deve ser tomada a partir dos *eixos econômico, social e ambiental*.[36] Tais eixos, contudo, devem ser concebidos e aplicados de forma isonômica e equilibrada, refutando-se toda e qualquer hierarquização prévia, notadamente pelo fato de que é no seu conjunto que tais dimensões se prestam à promoção de uma existência digna na perspectiva de uma "economia socioambiental".[37]

---

[34] Cf. FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade*: o direito ao futuro. Belo Horizonte, Fórum, 2011.

[35] KAHL, Wolfgang (ed.). *Nachhaltigkeit als Verbundbegriff*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008, com destaque aqui para a contribuição do próprio organizador da obra.

[36] O reconhecimento de três pilares que integram e dão suporte à noção de desenvolvimento sustentável, quais sejam, o econômico, o social e o ambiental, é desenvolvida, entre outros, WINTER, Gerd. *Desenvolvimento sustentável, OGM e responsabilidade civil na União Europeia*. Campinas: Millennium Editora, 2009, p. 2 e ss.

[37] Em sintonia com o marco jurídico-constitucional do desenvolvimento sustentável, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF 101, ocorrido em 24.06.2009, a respeito da importação de pneus usados, fez consignar, no voto da relatora ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, que "o argumento […] de que haveria afronta ao princípio da livre concorrência e da livre iniciativa por igual não se sustenta, porque, ao se ponderarem todos os argumentos expostos, conclui-se que, se fosse possível atribuir peso ou valor jurídico a tais princípios relativamente ao da saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado preponderaria a proteção desses, cuja cobertura, de resto, atinge não apenas a atual, mas também as futuras gerações". Na decisão do Plenário do STF, reconheceu-se a constitucionalidade da legislação que proíbe a importação de pneus usados, na mesma medida em que, na via transversa, se entendeu que a importação de pneus usados viola a proteção constitucional conferida ao ambiente.

5. Princípio do consumo sustentável: o dever jurídico de consumir produtos e serviços ecologicamente sustentáveis

> Un ciudadano educado e informado está en perfectas condiciones para colaborar con los poderes públicos en el mejor tratamiento de los problemas ambientales, sin perjuicio de que directamente los particulares ajusten ambientalmente sus conductas y de que, en cuanto consumidores y usuarios de servicios, con su selección influyan en la mejora ambiental de la oferta, entrando así en el juego del mercado. (Ramón Martin Mateo)[38]

> Para alcançar o desenvolvimento sustentável e uma qualidade de vida mais elevada para todos, os Estados devem reduzir e eliminar os padrões insustentáveis de produção e consumo, e promover políticas demográficas adequadas. (Princípio 8 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992)

Na base do conceito de desenvolvimento sustentável, está a ideia de consumo sustentável.São conceitos entrelaçados e indissociáveis. O *consumo sustentável*[39], por sua vez, está intrinsecamente relacionado à participação pública em matéria ambiental, pois as práticas de consumo de bens e serviços dos indivíduos também conformam um espaço de atuação política e não têm, portanto, um propósito exclusivamente econômico.[40] O comportamento do consumidor, ajustado a um padrão ecologicamente

---

[38] MATEO, *Manual de derecho ambiental*..., p. 51-52.

[39] Na doutrina brasileira, sobre o consumo sustentável da perspectiva jurídica, v. PURVIN DE FIGUEIREDO, Guilherme José. Consumo sustentável. *In:* BENJAMIN, Antônio Herman (org.). *Anais do 6º Congresso Internacional de Direito Ambiental*. São Paulo: Instituto o Direito por um Planeta Verde: Imprensa Oficial, 2002, p. 187-223; LOCATELLI, Paulo Antônio. Consumo sustentável. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, n. 19, p. 297-300, 2000; SPÍNOLA, Ana Luíza. Consumo sustentável. *Revista de Direito Ambiental,* São Paulo, n. 24, p. 209-216, 2001; e LISBOA, Roberto Senise. O contrato como instrumento de tutela ambiental. *Revista de Direito do Consumidor,* Brasília, DF, n. 35, p. 171-197, 2000.

[40] Por esse prisma, é certeira a crítica de Plauto Faraco de Azevedo: "nossa vida transcorre neste ambiente de desorientação ética, indiferente aos valores da humanidade e da solidariedade, dominada pela racionalidade técnica, e orientada no sentido da busca da prosperidade individual e de bens materiais frequentemente desnecessários". AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Ecocivilização:* o ambiente e o direito no limiar da vida. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 30.

sustentável dos produtos e serviços no âmbito das suas práticas de consumo, é um forte instrumento de controle individual e social das práticas produtivas e comerciais de fornecedores de bens e serviços. De acordo com a lição de Antonio Herman Benjamin, "o meio ambiente, modernamente, passou a integrar a esfera de preocupação dos consumidores. Já há toda uma linha de produtos 'amigos do meio ambiente".[41]

Há inúmeros estudos (pelo menos desde o Relatório do Clube de Roma do início da década de 1970) que dão conta da "insustentabilidade" dos padrões de consumo, especialmente nos países desenvolvidos, ocasionando a escassez progressiva de recursos naturais e a degradação ambiental. Como pontua James Lovelock,

> somos mais de 6 bilhões de indivíduos famintos e vorazes, todos aspirando a um estilo de vida de Primeiro Mundo, nosso modo de vida urbano avança sobre o domínio da Terra viva. Consumimos tanto que ela já não consegue sustentar o mundo familiar e confortável a que nos habituamos.[42]

A crítica às práticas de consumo da nossa sociedade de massas, posteriormente incorporada ao discurso do movimento ambientalista, já data da Revolução de Maio de 1968. No movimento revolucionário europeu havia uma crítica ao consumismo, que teve expressão com pensadores como Herbert Marcuse, ao criticar a mania de adquirir coisas do homem "unidimensional" que sofre do fetichismo da mercadoria, o tratamento do mercado como medida do valor das coisas e das pessoas, bem como o elogio à capacidade do ser humano livre de criar sua própria estrutura de necessidades, autodeterminada, imune à publicidade e às satisfações psicologicamente satisfatórias que o consumo proporciona.[43]

---

[41] BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 209. A respeito das interfaces entre a proteção ambiental e os direitos dos consumidores, inclusive à luz do instigante conceito de "macrorrelação ambiental de consumo", v. MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Macrorrelação ambiental de consumo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

[42] LOVELOCK, James. *A vingança de Gaia*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2006, p. 20.

[43] ALIER, Joan Martinez. *Da economia ecológica ao ecologismo popular*. Blumenau: Editora da FURB, 1998, p. 348-349.

Como refere Petra Kelly, que foi a seu tempo uma das principais lideranças do Partido Verde na Alemanha, o ideário político verde toma a forma, entre outras bandeiras, a partir de uma base ética de controle sobre as nossas práticas de consumo. Segundo a autora,

> nuestra fundamental prioridad fue tratar de transformar la mentalidad consumista y nuestro sistema de crecimiento económico industrial en una economía ecológicamente sostenible con la conservación reemplazando al consumo como fuerza directora, una base ética de control, una conciencia de los límites que capacitase a las personas para actuar sin dañarse a sí mismas o al entorno.[44]

A título de exemplo, para ilustrar a questão, podemos destacar as práticas de consumo no tocante à alimentação e sua repercussão em temas ambientais sensíveis. Preocupados em evidenciar a dimensão ética subjacente às práticas de consumo alimentar, Peter Singer e Jim Mason, na obra *The way we eat: why our food choices matter* (2006), tratam do tema da ética alimentar, alertando para o fato de que a produção de alimentos é a maneira pela qual os seres humanos mais afetam diretamente o planeta. Na obra, os autores apontam para cinco princípios éticos que deveriam ser considerados nas nossas práticas alimentares: transparência, equilíbrio, humanidade, responsabilidade social e necessidade.[45] Os autores referem em passagem do livro que as pessoas deveriam, quando se dirigem ao supermercado, praticar um ato político, assim como ocorre com a votação eleitoral[46], tendo em conta que as suas escolhas de consumo possuem conteúdo ético e político. Assim, todas as implicações ecológicas, econômicas, morais, jurídicas etc. que circundam os nossos hábitos alimentares devem ser colocadas na balança quando das nossas práticas de consumo. Muito embora voltada a temática da alimentação, a reflexão proposta pelos autores, inclusive em relação aos princípios indicados, alcança um espectro muito mais amplo, incidindo sobre todas as nossas práticas de

---

[44] KELLY, Petra K. *Por un futuro alternativo:* el testimonio de una de las principales pensadoras-activistas de nuestra época. Barcelona: Paidós, 1997, p. 144.

[45] MASON, Jim; SINGER, Peter. *The way we eat: why our food choices matter*. New York: Rodale, 2006, p. 270-271.

[46] MASON; SINGER, The way we eat…, p. 5.

consumo em geral.

No plano legislativo internacional, o Princípio 8 da Declaração do Rio (1992) dispõe que "para alcançar o desenvolvimento sustentável e uma qualidade de vida mais elevada para todos, os Estados *devem reduzir e eliminar os padrões insustentáveis de produção e consumo*, e promover políticas demográficas adequadas". A *Agenda 21*, adotada na Conferência do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992), apresenta um capítulo próprio para tratar da *mudança dos padrões de consumo*, trazendo nos seus objetivos: a) promover padrões de consumo e produção que reduzam as pressões ambientais e atendam às necessidades básicas da humanidade; b) desenvolver uma melhor compreensão do papel do consumo e da forma de se implementar padrões de consumo mais sustentáveis.[47]

Merece registro também o conceito de consumo sustentável elaborado pela Comissão de Desenvolvimento Sustentável da Organização das Nações Unidas (CDS/ONU), em 1995:

> *Consumo sustentável* é o uso de serviços e produtos que respondam às necessidades básicas de toda população e trazem a melhoria da qualidade de vida, ao mesmo tempo em que reduzem o uso dos recursos naturais e de materiais tóxicos, a produção de lixo e as emissões de poluição em todo ciclo de vida, sem comprometer as necessidades das gerações futuras.[48]

O conteúdo do *princípio do poluidor-pagador,* como princípio clássico do Direito Ambiental, tomando seu sentido de forma ampla, não se dirige única e exclusivamente ao "fornecedor" de bens de consumo, mas também impõe responsabilidades ao consumidor de tais produtos ou serviços. Nesse contexto, assume relevo o *princípio do usuário-pagador,* de acordo com o qual as práticas de consumo devem ser adequadas ao uso racional e sustentável dos recursos naturais, bem como à ampliação do uso de tecnologias limpas no âmbito dos produtos e serviços. A respeito do tema, dispõe a Lei da Política Nacional do Meio

[47] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento*. 3. ed. Brasília, DF: Senado Federal: Subsecretaria de Edições Técnicas, 2001, p. 40.
[48] Disponível em: https://bit.ly/3bIQqvZ.

Ambiente (Lei 6.938/91), no seu art. 4º, inciso VII, que se visará "à imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao *usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos*".

Assim como se espera o cumprimento, por parte dos entes estatais, de políticas públicas no sentido de "enquadrar" os fornecedores de produtos e serviços em padrões ecologicamente sustentáveis, há parcela de responsabilidade também a cargo dos consumidores para a efetivação de tal "enquadramento ecológico" das práticas de consumo. Além das escolhas de consumo feitas pelo consumidor fora da sua casa (por exemplo, nos supermercados e shoppings centers), o mesmo também deve empreender a utilização sustentável de recursos no seu âmbito "caseiro", como energia, luz, água, além, é claro, de promover a coleta seletiva do seu lixo doméstico.

A livre escolha do consumidor, conforme indica Lafayete J. Petter, pode ser legitimamente limitada em nome da defesa ambiental, levando em conta que os consumidores precisam tornar-se conscientes da dimensão ecológica do processo de consumo em geral e do seu comportamento individual em particular.[49] Na medida em que a proteção ambiental limita a autonomia da vontade, aos consumidores deve ser conferida a responsabilidade de orientar as suas práticas de consumo de modo a se informarem (e também serem informados pelos fornecedores) a respeito da origem e do processo produtivo dos produtos e serviços dos quais se servem para a satisfação das suas necessidades, tendo em conta aspectos relativos ao consumo de energia (mais ou menos limpas) e de recursos naturais, às tecnologias adotadas, à geração de resíduos etc.

A responsabilidade pós-consumo (ou responsabilidade pelo ciclo de vida dos produtos), consagrada expressamente (art. 6º, VII) na Lei da Política Nacional de Resíduos Sólidos (Lei 12.305/2010), também reforça essa perspectiva, ou seja, os deveres jurídicos dos consumidores. O diploma em análise consagra o princípio do consumo sustentável no seu art. 6º, V, ao estabelecer, como princípio geral da PNRS, "a ecoeficiência, mediante a compatibilização entre o fornecimento, a preços

[49] PETTER, Lafayete Josué. *Princípios constitucionais da ordem econômica:* o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 240-241.

competitivos, de bens e serviços qualificados que satisfaçam as necessidades humanas e *tragam qualidade de vida e a redução do impacto ambiental e do consumo de recursos naturais a um nível, no mínimo, equivalente à capacidade de sustentação estimada do planeta*".

Mais recentemente, a Lei 13.186/2015, que institui a *Política de Educação para o Consumo Sustentável*, com o objetivo de estimular a adoção de práticas de consumo e de técnicas de produção ecologicamente sustentáveis. O diploma, por sua vez, estabeleceu no seu art. 1º, parágrafo único, o *conceito de consumo sustentável*, o qual seria: "o uso dos recursos naturais de forma a proporcionar qualidade de vida para a geração presente sem comprometer as necessidades das gerações futuras". A Lei 13.186/2015 também traçou os diversos objetivos da Política de Educação para o Consumo Sustentável, os quais revelam a forma de operacionalização do *princípio do consumo sustentável*[50], como, por exemplo, a mudança de atitude dos consumidores, a reutilização e reciclagem de produtos e embalagens, a rotulagem ambiental, a certificação ambiental etc.

> Art. 2º São objetivos da Política de Educação para o Consumo Sustentável:
>
> I — incentivar mudanças de atitude dos consumidores na escolha de produtos que sejam produzidos com base em processos ecologicamente sustentáveis;
>
> II — estimular a redução do consumo de água, energia e de outros recursos naturais, renováveis e não renováveis, no âmbito residencial e das atividades de produção, de comércio e de serviços;
>
> III — promover a redução do acúmulo de resíduos sólidos, pelo retorno pós-consumo de embalagens, pilhas, baterias, pneus, lâmpadas e outros produtos considerados perigosos ou de difícil decomposição;
>
> IV — estimular a reutilização e a reciclagem dos produtos e embalagens;

[50] Sobre o princípio do consumo sustentável, v. SARLET, Ingo W.; FENSTERSEIFER, Tiago. *Curso de direito ambiental*. Rio de Janeiro. GEN: Forense, 2020, p. 172-174.

> V — estimular as empresas a incorporarem as dimensões social, cultural e ambiental no processo de produção e gestão;
>
> VI — promover ampla divulgação do ciclo de vida dos produtos, de técnicas adequadas de manejo dos recursos naturais e de produção e gestão empresarial;
>
> VII — fomentar o uso de recursos naturais com base em técnicas e formas de manejo ecologicamente sustentáveis;
>
> VIII — zelar pelo direito à informação e pelo fomento à rotulagem ambiental;
>
> IX — incentivar a certificação ambiental.

À luz do manancial legislativo referido, resultam sobremaneira reforçados os "deveres jurídicos" (e, portanto, não apenas deveres morais) atribuídos aos cidadãos, em termos individuais e coletivos, no tocante ao consumo sustentável de bens e serviços, inclusive a ponto de ensejar a sua responsabilização jurídica na hipótese de práticas antiecológicas. Não obstante a necessidade de uma tutela por parte do Poder Público contra práticas publicitárias que, de forma abusiva, incentivem hábitos de consumo inadequados a um padrão de qualidade ambiental, bem como que violem valores ecológicos, o próprio consumidor, considerado individualmente[51], também tem papel essencial nesse enfrentamento. Para tanto, importa estimular (e mesmo induzir) que seja evitado o consumo de produtos e serviços que não atendam às normas de proteção do ambiente e que não sigam uma política empresarial "amiga do ambiente", dando preferência às empresas que sigam tais padrões ecologicamente sustentáveis, inclusive exigindo a certificação ambiental dos produtos e serviços sempre que possível.[52]

---

[51] Nesse sentido, o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) dispõe no seu art. 37, § 2º, que constitui publicidade abusiva práticas publicitárias que "desrespeitem valores ambientais".

[52] A título de exemplo, em relação à certificação ambiental, destaca-se o Conselho Brasileiro de Manejo Florestal, representante da FSC (Forest Stewardship Council), criada à época da Conferência do Rio sobre Desenvolvimento Sustentável (1992), a qual é uma organização independente, não governamental e sem fins lucrativos. O seu objetivo principal é promover o manejo e a certificação florestal. Demais informações disponíveis em: http://www.fsc.org.br/index.cfm. Na doutrina, sobre a certificação ambiental, v. MATEO, *Manual de derecho ambiental*..., p. 119-135.

Por fim, a ideia central é pensar a condição de consumidor para além de uma perspectiva estritamente econômica, mas, sim, de acordo com uma *condição político-jurídica de cidadão*. Há um espaço de diálogo fundamental entre a proteção do consumidor e a proteção ambiental. Não se deve elidir o consumidor da responsabilidade de agir, ou seja, consumir produtos e serviços de acordo com práticas ecologicamente equilibradas. Além do mais, com base no *caput* do art. 225 da CF/88, há também como se considerar a existência de um *dever fundamental*[53] dos cidadãos-consumidores de ajustarem as suas práticas de consumo de modo a proteger o ambiente para as gerações presentes e futuras. Ao tomar consciência das suas concretas necessidades existenciais e abandonar o seu estado de "apatia política", estará o consumidor livre das amarras que o mercado publicitário lhe imprime, transcendendo de uma condição de súdito do mercado para uma condição política de cidadão e colocando-se em sintonia com o paradigma da democracia participativa ecológica rumo à efetivação do princípio da sustentabilidade.[54]

---

[53] FENSTERSEIFER, Tiago. Direito constitucional ecológico: Constituição, direitos fundamentais e proteção da natureza. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 331-382.

[54] A respeito do tema, registra-se legislação (Lei 2.483/2010) adotada pelo Município de São Vicente, no estado de São Paulo, no sentido de estabelecer norma que obrigava supermercados a substituir as sacolas plásticas convencionais por embalagens biodegradáveis. Muito embora a bela iniciativa legislativa em prol do consumo sustentável, o Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo julgou inconstitucional legislação municipal, com o fundamento de vício de iniciativa e de violação do pacto federativo. Por quinze votos a seis, prevaleceu o entendimento do desembargador Samuel Júnior, relator do recurso, segundo o qual "quando o Parlamento, portanto, edita, por sua iniciativa, lei cuja matéria é reservada ao Poder Executivo, o ato será nulo, por vício de inconstitucionalidade formal". O desembargador Renato Nalini, por sua vez, capitaneou a divergência. Ele considerou que a defesa de um meio ambiente saudável não permite o apego a esse tipo de formalismo. No entendimento de Nalini, "é certo que a lei questionada goza de legitimidade, exatamente por ter sido decorrência de uma política municipal de defesa do meio ambiente". Ainda segundo o desembargador, "a legitimidade da norma também deve prevalecer por esta [a lei] se inserir em um amplo plano de medidas que encontram fundamento na defesa do interesse das presentes e futuras gerações". (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. ADI n. 0547881-67.2010.8.26.0000-990.10.547881-6. Órgão Especial, Relator Des. Samuel Júnior, j. 1 dez. 2010. Diário de Justiça, Brasília, DF, 11 ago. 2011). Por fim, é oportuno registrar que a prática suscitada pela legislação declarada inconstitucional constitui, independentemente da atuação no Estado, medida singela que pode (e deve!) ser adotada pelos consumidores, recusando-se a fazer uso de sacolas plásticas e servindo-se de alternativas sustentáveis (sacolas de pano, caixas de papelão etc.) ao realizar as suas compras diárias.

6. Conclusões articuladas

6.1. O Estado Socioambiental de Direito, longe de ser um Estado "mínimo" (permissivo no que diz com o livre jogo dos atores econômicos e do mercado), deve ser um Estado regulador da atividade econômica, capaz de dirigi-la e ajustá-la aos valores e princípios constitucionais, objetivando o desenvolvimento humano e social de forma ambientalmente sustentável. Nessa perspectiva, por mais que se possa e deva reconhecer os câmbios ocorridos na esfera da teoria (e prática) da Constituição Dirigente (na perspectiva de um dirigismo – mas não "totalitarismo" ecológico), resulta evidente que, especialmente na esfera ambiental, uma vez reconhecida a vinculação jurídica (e mesmo judicialmente controlável) dos órgãos estatais, com destaque para o legislativo e executivo, às imposições constitucionais (*deveres de proteção*), não é possível desconsiderar ou mesmo minimizar a noção de Constituição Dirigente e sua articulação com a Constituição Econômica e o problema do desenvolvimento, notadamente em vista do objetivo de um desenvolvimento sustentável (art. 170, VI, e 225 da CF/88).

6.2. A ordem econômica, constitucionalizada a partir dos princípios diretivos do art. 170 da CF/88, mas também e essencialmente com base também nos demais fundamentos e objetivos constitucionais que a informam (por exemplo, os objetivos fundamentais da República elencados no artigo 3º da CF/88), expressa uma opção pelo que se poderia designar de um *capitalismo ambiental* ou *socioambiental* (ou *economia ambiental* ou *socioambiental de mercado*) capaz de compatibilizar a livre iniciativa, a autonomia e a propriedade privada com a proteção ambiental e a justiça social (e também justiça ambiental), tendo, como norte normativo, "nada menos" do que a proteção e promoção de uma vida humana digna e saudável (e, portanto, com qualidade, equilíbrio e segurança ambiental) para todos os membros da comunidade estatal.

6.3. O enfrentamento dos problemas ambientais e a opção por um *desenvolvimento sustentável* passam, necessariamente, pela correção do quadro alarmante de desigualdade social e da falta de acesso de parte expressiva da população aos seus *direitos sociais básicos* (saúde, educação, moradia, alimentação, saneamento básico etc.), o que, importa referir, também é causa agravante da degradação ambiental.

A realização dos direitos sociais, além de não ter atingido níveis satisfatórios na maior parte dos casos, necessitando, portanto, de contínuo investimento, de há muito reclama que seja agregado um novo desafio existencial, no caso, a proteção do ambiente.

6.4. Além da necessidade de uma compreensão integrada do regime jurídico dos *direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais* (Desca), de modo a contemplar uma tutela ampla e qualificada da dignidade da pessoa humana, tanto sob a perspectiva individual quanto coletiva, a própria noção de sustentabilidade deve ser tomada a partir dos *eixos econômico, social e ambiental*. Tais eixos, contudo, devem ser concebidos e aplicados de forma isonômica e equilibrada, refutando-se, consoante já frisado, toda e qualquer hierarquização prévia, notadamente pelo fato de que é no seu conjunto que tais dimensões se prestam à promoção de uma existência digna na perspectiva de uma "economia verde".

6.5. À luz do manancial legislativo referido, resultam sobremaneira reforçados os "deveres jurídicos" (e, portanto, não apenas deveres morais) atribuídos aos cidadãos, em termos individuais e coletivos, no tocante ao consumo sustentável de bens e serviços, inclusive a ponto de ensejar a sua responsabilização jurídica na hipótese de práticas antiecológicas. Deve-se pensar a condição de consumidor para além de uma perspectiva estritamente econômica, mas sim de acordo com uma *condição político-jurídica de cidadão* ao consumir produtos e serviços. Ademais, com base no *caput* do art. 225 da CF/88, há também que se considerar a existência de *deveres fundamentais ambientais* dos cidadãos-consumidores impingindo-os a ajustarem as suas práticas de consumo de modo a proteger o ambiente para as gerações presentes e futuras, transcendendo de uma condição de súdito do mercado para uma condição política de cidadão em sintonia com o paradigma da *democracia participativa ecológica*.

Referências

ALIER, Joan Martinez. *Da economia ecológica ao ecologismo popular*. Blumenau: Editora da FURB, 1998.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ANTUNES ROCHA, Cármen Lúcia. Constituição e ordem econômica. In: FIOCCA, Demian; GRAU, Eros Roberto (org.). *Debate sobre a Constituição de 1988*. São Paulo: Paz e Terra, 2001.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Ecocivilização:* o ambiente e o direito no limiar da vida. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

BENJAMIN, Antonio Herman V. Função ambiental. In: BENJAMIN, Antonio Herman V. (coord.). *Dano ambiental:* prevenção, reparação e repressão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento:* uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005.

BOSSELMANN, Klaus. *The principle of sustainability*: transforming law and governance. London: Ashgate, 2008.

COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. *Relatório nosso futuro comum*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1991.

DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

EFING, Antônio Carlos; GIBRAN, Fernanda Mara; BLAUTH, Flávia Noemberg L. A proteção jurídica do consumidor enquanto direito fundamental e sua efetividade diante de empecilhos jurisprudenciais: o Enunciado 381 do STJ. *Revista Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre, v. 5, n. 17, p. 207-226, 2011.

FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ecológico:* constituição, direitos fundamentais e proteção da natureza. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

FRANÇA, Phillip Gil. *O controle da administração pública:* tutela jurisdicional, regulação econômica e desenvolvimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008

FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade:* o direito ao futuro. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

KAHL, Wolfgang (ed.). *Nachhaltigkeit als Verbundbegriff*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008,

KELLY, Petra K. *Por un futuro alternativo:* el testimonio de una de las principales pensadoras-activistas de nuestra época. Barcelona: Paidós, 1997.

KISS, Alexandre; SHELTON, Dinah. *Guide to international environmental law*. Leiden: Brill: Boston: Martinus Nijhoff, 2007.

LISBOA, Roberto Senise. O contrato como instrumento de tutela ambiental. *Revista de Direito do Consumidor,* Brasília, DF, n. 35, p. 171-197, 2000.

LOCATELLI, Paulo Antônio. Consumo sustentável. *Revista de Direito Ambiental,* São Paulo, n. 19, p. 297-300, 2000.

LOVELOCK, James. *A vingança de Gaia*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2006.

MARQUES, Cláudia Lima. A Lei 8.078/1990 e os direitos básicos do consumidor. In: BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 7. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MASON, Jim; SINGER, Peter. *The way we eat:* why our food choices matter. New York: Rodale, 2006.

MATEO, Ramón Martín. *Manual de derecho ambiental*. 3. ed. Navarra: Editorial Thomson: Aranzadi, 2003

MILARÉ, Édis. Princípios fundamentais do direito do ambiente. *Revista dos Tribunais,* São Paulo, v. 87, n. 756, 1998.

MIRAGEM, Bruno. O direito do consumidor como direito fundamental. *In:* MARQUES, Cláudia; MIRAGEM, Bruno (org.). *Doutrinas essenciais de direito do consumidor, vol. II*. São Paulo: RT, 2010. p. 25-49.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Macrorrelação ambiental de consumo:* responsabilidade pós-consumo ou relação coletiva de consumo? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

MORATO LEITE, José Rubens; AYALA, Patryck de Araújo. *Dano ambiental:* do individual ao coletivo extrapatrimonial (teoria e prática). 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MURSWIEK, Dietrich. Art. 20a – Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen. In: SACHS, Michael (ed.). *Grundgesetz Kommentar.* München: C. H. Beck, 1996.

NUSDEO, Fábio. *Desenvolvimento e ecologia*. São Paulo: Saraiva, 1975.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento*. 3. ed. Brasília, DF: Senado Federal: Subsecretaria de Edições Técnicas, 2001.

PAPIER, Hans-Jürgen. Grundgesetz und Wirtschaftsordnung. *In:* BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen (ed.). *Handbuch des Verfassungsrechts, Volume I*. Berlin: Walter de Gruyter, 1984.

PASQUALOTTO, Adalberto. Fundamentalidade e efetividade da defesa do consumidor. *Revista Direitos Fundamentais e Justiça,* Porto Alegre, v. 3. n. 9, p. 66-100, 2009.

PEREIRA DA SILVA, Vasco. *Verde cor de direito:* lições de Direito do Ambiente. Coimbra: Almedina, 2002.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 5. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1995.

PETTER, Lafayete Josué. *Princípios constitucionais da ordem econômica:* o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PIGOU, Arthur Cecil. *The economics of welfare*. London: Mcmillan, 1932.

PUREZA, José Manuel. *Tribunais, natureza e sociedade:* o direito do ambiente em Portugal. Lisboa: Cadernos do Centro de Estudos Judiciários, 1996.

PURVIN DE FIGUEIREDO, Guilherme José. Consumo sustentável. In: BENJAMIN, Antônio Herman (org.). *Anais do 6º Congresso Internacional de Direito Ambiental*. São Paulo: Instituto o Direito por um Planeta Verde: Imprensa Oficial, 2002. p. 187-223.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Ação Direta de Inconstitucionalidade. n. 0547881-67.2010.8.26.0000-990.10.547881-6. Órgão

Especial, relator des. Samuel Júnior, j. 1 dez. 2010. *Diário de Justiça,* Brasília, DF, 11 ago. 2011.

SARLET, Ingo W.; FENSTERSEIFER, Tiago. *Curso de direito ambiental*. Rio de Janeiro: GEN: Forense, 2020.

SCHOLZ, Rupert. Art. 20a. *In:* HERZOG, Roman; SCHOLZ, Rupert; HERDEGEN, Matthias; KLEIN, Hans (ed.). *Grundgesetz Kommentar, vol. III*. München: C.H. Beck, 2011.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SPÍNOLA, Ana Luíza. *Consumo sustentável*. Revista de Direito Ambiental, São Paulo, n. 24, p. 209-216, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica:* uma nova crítica do Direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TEIXEIRA, Orci Paulino Bretanha. *O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

WINTER, Gerd. *Desenvolvimento sustentável,* OGM e responsabilidade civil na União Europeia. Campinas: Millennium Editora, 2009.

A harmonia dos interesses dos consumidores e dos fornecedores em situação de crise decorrente da pandemia da Covid-19

Claudia Maria Chamorro Reberte Campaña[1]
Juíza de Direito no Estado de São Paulo

Márcia Helena Bosch[2]
Juíza de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: 1. Introdução. 2. A harmonia dos interesses dos consumidores e dos fornecedores e a Política Nacional das Relações de Consumo. 3. Harmonização dos interesses dos participantes da relação de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com o desenvolvimento econômico e tecnológico do país. 4. O tratamento dos contratos de consumo em situação de crise – boa-fé, equilíbrio contratual e legislação temporária. V — Alteração das circunstâncias — "exceção da ruína". 5. Conclusões. 6. Referências.

1. Introdução

Após a comunicação oficial do governo chinês à Organização Mundial da Saúde (OMS), no dia 31 de dezembro de 2019, do registro de vários casos de pneumonia de origem desconhecida na cidade de Wuhan (com 11 milhões de habitantes), o Covid-19[3] não parou mais, matando

---

1 Mestre pela PUC-SP.

2 Doutora pela PUC-SP

3 Desde o início de fevereiro, a Organização Mundial da Saúde (OMS) passou a chamar oficialmente a doença causada pelo novo coronavírus de Covid-19. Covid significa Corona Virus Disease (doença do coronavírus), enquanto "19" se refere a 2019, quando os primeiros casos em Wuhan, na China, foram divulgados publicamente pelo governo chinês no final de dezembro. A denominação é importante para evitar casos de xenofobia e preconceito, além de confusões com outras doenças. https://bit.ly/3lWRSiQ.

milhares de pessoas na China, espalhando-se rapidamente para os cinco continentes.

No dia 30 de janeiro de 2020, a Organização Mundial da Saúde reconheceu e declarou, diretamente de Genebra (Suíça), que o surto do novo coronavírus (2019-nCoV) constituía caso de Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (ESPII) e, menos de dois meses depois, elevou o estado da contaminação à condição de pandemia de Covid-19, obrigando os países a adotar atitudes preventivas em face de tal ameaça.[4]

No Brasil, o Ministério da Saúde confirmou, no dia 26 de fevereiro de 2020, o primeiro caso de coronavírus[5], e no dia 17 de março de 2020, anunciou a primeira morte por coronavírus na capital paulista (SP).

A Lei 13.979, de 6 de fevereiro de 2020 (federal), batizada como *Lei da Quarentena*, estabeleceu medidas para o enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, trazendo, no seu artigo 2º, os conceitos de **isolamento** (separação de pessoas doentes ou contaminadas, ou de bagagens, meios de transporte, mercadorias ou encomendas postais afetadas, de outros, de maneira a evitar a contaminação ou a propagação do coronavírus) e de **quarentena** (restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes, ou de bagagens, contêineres, animais, meios de transporte ou mercadorias suspeitos de contaminação, de maneira a evitar a possível contaminação ou a propagação do coronavírus)[6].

Seguiu o Brasil com a edição do Decreto Legislativo 06, de 20 de março de 2020, que reconheceu a ocorrência do estado de calamidade pública, com efeitos até 31 de dezembro de 2020[7] e, em seguida, por meio do Decreto 10.282, de 20 de março de 2020, (que regulamentou a Lei 13.979/2020) foram definidos os "serviços públicos e as atividades essenciais" como os únicos autorizados durante o período da quarentena[8].

---

[4] https://bit.ly/335Qbae.
[5] https://bit.ly/2FdXHYj.
[6] https://bit.ly/32YzmO.I
[7] https://bit.ly/3bCxOO7.
[8] https://bit.ly/3byccl0.

A partir daí e autorizados por lei federal, os estados e municípios, por meio de leis e decretos, passaram a estabelecer suas próprias “quarentenas”, definindo a suspensão e fiscalização das atividades de comércio, shoppings, eventos, atividades culturais, boates, suspendendo ainda as atividades presenciais (aulas) das instituições de ensino públicas e privadas, autorizando apenas o funcionamento de supermercados, farmácias, padarias, clínicas, postos e serviços de logística (considerados essenciais pelo Decreto 10.282/2020 acima mencionado).

Como era previsível, grande foi o impacto desta nova realidade (também) nas relações jurídicas de consumo, com a agravante de que todas as ações e medidas de prevenção tomadas, dada a rápida disseminação do vírus e o crescimento vertiginoso do número de infectados e mortos pelo mundo, não puderam ser precedidas de maior planejamento.

Segundo dados da Fundação Procon de São Paulo, pesquisa realizada pelo seu Núcleo de Inteligência e Pesquisas da Escola de Proteção e Defesa do Consumidor apurou que 84,61% (1.534) dos entrevistados notaram um aumento desproporcional dos preços no período da pandemia do Covid-19, além de um aumento superior a 100% de atendimentos relacionados a compras on-line, comparando-se com os períodos do primeiro trimestre de 2019 e 2020[9].

Também revelou a pesquisa significativa modificação dos hábitos de consumo, apurando que 38,89% dos entrevistados reduziram suas compras e 70,44% deles estocaram alimentos ou medicamentos em suas residências, temendo o desabastecimento.

Não há dúvidas dos impactos negativos provocados por esta nova realidade nas relações jurídicas de consumo, não havendo dúvidas também que estes impactos atingiram mais severamente o fornecedor (“lato sensu”), tanto que foi registrado aumento na ordem de 30% dos pedidos de falência e de recuperação judicial no mês de maio de 2020, quando comparado ao mês de abril de 2020 (dados da Boa Vista/SCPC)[10].

---

[9] https://bit.ly/3bvFuS9.
[10] https://bit.ly/31ZJO9k.

De acordo com estudos analíticos, estes números — iniciais e resultantes de poucos meses do ano de 2020 — serão muito maiores e mais preocupantes no mundo pós-pandemia, impondo necessariamente a todos uma releitura das normas jurídicas vigentes, da aplicação delas, sobretudo a questão da (des) harmonia da relação entre consumidores e fornecedores e a compatibilidade da proteção do consumidor com o desenvolvimento e crescimento econômico do país.[11]

A harmonia nas relações entre consumidores e fornecedores é um dos objetivos e um dos princípios da Política Nacional das Reações de Consumo prevista no artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor, havendo expressa menção legal quanto à necessidade de compatibilização da proteção do consumidor com o desenvolvimento econômico e tecnológico do país.

Da mesma forma que a proteção do consumidor, que, além de um direito fundamental constitucional, também é um dos princípios da ordem econômica (artigo 170 da CF), a necessidade de crescimento e desenvolvimento econômico do país igualmente elevou à condição de princípios da ordem econômica a livre concorrência e o livre exercício de qualquer atividade econômica, a exigir compatibilização e uma análise sistêmica das normas e princípios de proteção ao consumidor.

Diante desse quadro e alicerçado do início ao fim nos princípios da boa-fé objetiva e do equilíbrio contratual, é que se tentará aqui, em poucas linhas, destacar alguns dos desafios na hermenêutica das relações e contratos de consumo, tanto em tempos de crise (Covid-19), como no mundo pós pandemia.

2. A harmonia dos interesses dos consumidores e dos fornecedores e a Política Nacional das Relações de Consumo

A proteção do consumidor no Brasil, baseada em uma lei de ordem pública e função social, com fundamento constitucional, tem valores

[11] https://bit.ly/3jNRT70.

fundamentais que não podem ser afastados nem mesmo pela vontade das partes (norma de ordem pública).

O artigo 4º da Lei 8.078/90[12] estabelece uma Politica Nacional das Relações de Consumo, ou seja, um programa de ações por parte de todos, de interesse público, com *objetivos* e *princípios* que servem como verdadeiro norte e contorno na aplicação e interpretação de todas as normas que compõem o sistema de proteção do consumidor.

A redação deste artigo (narrativo), estabelecendo objetivos-valores, princípios e redigido com cláusulas gerais, conceitos abertos e indeterminados (atendimento das necessidades dos consumidores, respeito e proteção à sua dignidade, saúde, segurança, proteção dos seus interesses econômicos e melhoria da sua qualidade de vida), traça a principiologia do microssistema de proteção, chamando a atenção para a necessidade de uma relação de transparência e de **harmonia** entre consumidor e fornecedor.

Pode-se afirmar, com tranquilidade, que o **equilíbrio** das relações de consumo, considerando que consumidores e fornecedores (elementos subjetivos da relação jurídica de consumo), ligados por um produto ou serviço (elementos objetivos), merecem e devem desfrutar de uma **relação harmônica**, representa o maior objetivo deste sistema de proteção do consumidor.

Importante deixar claro desde logo que mesmo sendo o **consumidor** considerado a parte vulnerável na relação jurídica de consumo, por certo que o fornecedor, igualmente merecedor de uma relação harmônica, tem reconhecida sua importância no mercado de consumo, assim como sua relevância na engrenagem propiciadora do desenvolvimento e crescimento econômico do país, a afastar as opiniões e críticas infundadas no sentido de que o sistema de proteção ao consumidor tem na figura do fornecedor o vilão, nada dispensando a ele, que não um sistema pesado de responsabilidade civil, penal e administrativa.

Nas palavras do jurista Sergio Cavalieri Filho:

---

[12] https://bit.ly/330tXqi.

> Mas essa política Nacional de Consumo, convém ressaltar, embora inspirada na reconhecida necessidade de tutelar a parte mais fraca (vulnerabilidade) das relações de consumo, não tem caráter paternalista, tampouco de ilimitado favoritismo do consumidor. Essa é uma visão equivocada e que tem levado muitos a fazerem críticas infundadas ao Código, do tipo *elemento desestabilizador do mercado, ditadura do consumidor* etc. Não é bem assim. A politica normativa traçada pelo CDC, afinada com os ditames da ordem econômica definida na Constituição, na realidade desenvolve um projeto de ação destinado a alcançar a harmonia das relações de consumo, conforme se depreende da parte final do citado art. 4º (*caput*) – "bem como transparência e **harmonia** das relações de consumo".[13]

Portanto, ainda que tenha o consumidor como parte vulnerável na relação de consumo, o microssistema de proteção preocupa-se também com o fornecedor, o que se extrai justamente da tutela do equilíbrio das relações travadas em tal âmbito, valor que naturalmente alberga qualquer dos envolvidos nesse tipo de vínculo.

Diante disso e considerando que, assim como fez o Código Civil nas relações jurídicas disciplinadas por tal diploma[14], o sistema brasileiro de proteção ao consumidor também elegeu a *boa-fé* como seu princípio basilar, tem-se que esta também cumprirá importante papel para o reajuste/resolução dos contratos impactados pela pandemia.

3. Harmonização dos interesses dos participantes da relação de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com o desenvolvimento econômico e tecnológico do país

Além da harmonia da relação entre consumidor e fornecedor ser um dos *objetivos* da Política Nacional das Relações de Consumo, ela

---

[13] CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de direito do consumidor.* 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 25.

[14] "Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé".

também é um dos *princípios* desta mesma polícia, conforme estabelecido na primeira parte, do inciso III do artigo 4º do CDC.[15]

Ao lado desta harmonização dos interesses dos participantes da relação de consumo, a *compatibilização da proteção do consumidor com o desenvolvimento econômico e tecnológico* do país (necessários), fundado nos preceitos estabelecidos pela ordem econômica (art. 170, CF), figura como outro princípio da Política Nacional das Relações de Consumo, sendo inclusive alçado por parte da doutrina como o princípio de maior importância.[16]

Por certo que somente por meio de relações jurídicas de consumo harmoniosas e de um sistema protetivo do consumidor em sintonia com o necessário crescimento econômico e tecnológico do país, com base na boa-fé e no equilíbrio destas relações, é que se estará confirmando os objetivos e princípios constitucionais estabelecidos para a proteção do consumidor e para o desenvolvimento econômico nacional: construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, CF), proteção do consumidor com *status* de direito fundamental (art. 5º, inciso XXXII); proteção do consumidor como um dos princípios da ordem econômica (art. 170, V, CF); garantia da livre concorrência e do livre exercício de qualquer atividade econômica (art. 170, IV e parágrafo único, CF).

Importante também ressaltar que a tutela do consumidor não se dissocia e tampouco se contrapõe aos princípios da ordem econômica, não representando desestímulo ou óbice àqueles que lançam bens e serviços no mercado de consumo, de reconhecida importância em uma economia de mercado livre, conforme já dito, em que os instrumentos de proteção (do consumidor, além da livre concorrência e do combate ao abuso econômico) também devem estar a serviço do crescimento econômico do país.

---

[15] "Art. 4º [...] – III – harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores".

[16] MARÇAL, Sérgio Pinheiro. Código de defesa do consumidor: definições, princípios e o tratamento da responsabilidade civil. *Revista do Direito do Consumidor,* São Paulo, n. 6, p. 98-108, abr.-jun. 1993.

Portanto, pode-se afirmar que na promoção da defesa do consumidor com base no equilíbrio das relações de consumo, no comércio justo, na confiança, transparência, e respeito também das relações comerciais, merecem máxima atenção na medida em que representam instrumentos necessários e capazes de fomentar o desenvolvimento econômico, tecnológico e social do país.

4. O tratamento dos contratos de consumo em situação de crise – boa-fé, equilíbrio contratual e legislação temporária

O Código de Defesa do Consumidor tem especial apreço à *proteção contratual do consumidor,* com destaque para a lealdade, transparência e equilíbrio nas relações entre fornecedor e consumidor. Anunciando uma *nova teoria contratual*, com base em novos paradigmas, inaugurada pela Lei 8.078/90, alguns estudiosos defendem, em razão desta proteção especial, a necessidade de uma revisão dos conceitos contratuais clássicos, tais como a autonomia da vontade, a força vinculante dos contratos e a relatividade das convenções (concepção social do contrato).[17]

Na esteira desta especial proteção, o artigo 4º, inciso III e artigo 51, inciso IV, ambos do CDC[18], fazem expressa menção ao princípio da boa-fé objetiva, num claro movimento de substituição da visão individualista ou egoísta do contrato por uma visão social e solidária.

E na interpretação desses dispositivos legais, a conclusão é a de que são nulas as cláusulas contratuais que estabeleçam obrigações iníquas, abusivas, colocando o consumidor em desvantagem exagerada, sendo igualmente nulas as cláusulas incompatíveis com a boa-fé e à equidade, com destaque, neste ponto, para a *boa-fé objetiva* e para o *equilíbrio econômico do contrato.*

---

[17] BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual do direito do consumidor. 8. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2017, p. 405.

[18] "Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...) IV — estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade".

Pode-se afirmar, portanto, que a proteção contratual do CDC prevê hipóteses de modificação (alteração) do contrato, com mitigação ou relativização da força obrigatória dele (do *pacta sunt servanda*), diante de fatos supervenientes que tornem a obrigação assumida excessivamente onerosa, sem prejuízo, é claro, do interesse precípuo na preservação e conservação dos contratos, sendo sua revisão, modificação ou rompimento, medidas de exceção, o que está reforçado hoje pela Lei 13.874/2019 (Lei da Liberdade Econômica)[19].

Pois bem. Por certo que em nenhum lugar do planeta e nem mesmo no mais acertado e preciso estudo econômico projetado para o ano de 2020 poder-se-ia prever ou imaginar a presença e disseminação de um vírus (Covid-19) de forma rápida e sem dificuldades com fronteiras e distâncias.

Fugiu também de qualquer previsão um movimento capaz de afetar, de forma indistinta, os negócios jurídicos, contratos, as relações jurídicas privadas e públicas, inclusive as de consumo, impondo restrições, paralisações, alterações de planos, projetos, rompimento de compromissos assumidos, com impactos social, jurídico e econômico de extensão e gravidade desconhecidas.

Esta situação de calamidade pública que afetou, de forma generalizada, as relações de consumo, por razões extraordinárias e inéditas, agora exige (e continuará exigindo) soluções igualmente extraordinárias e inéditas na apreciação, interpretação e pacificação dos conflitos de consumo, tendo como norte e vetor o restabelecimento da harmonia e equilíbrio das relações de consumo em um novo e desconhecido cenário.

A proteção do consumidor, não se descuidando da sua vulnerabilidade, com base nos princípios da *boa-fé objetiva* e *equilíbrio contratual*, impõe, inexoravelmente, a consideração da própria sobrevivência econômica do fornecedor, lembrando que a harmonia desta relação está atrelada consequentemente ao *equilíbrio* dela, conforme critérios e princípios norteadores da Política Nacional das Relações de

---

[19] "Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato" (Redação dada pela Lei nº 13.874, de 2019).
Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019.)

Consumo, dentre eles a compatibilização da proteção dos interesses dos participantes desta relação de consumo com o desenvolvimento econômico do país, conforme dito alhures.

O momento, por certo, exige dos sujeitos da relação de consumo o abandono da posição adversarial de outrora, impondo o dever de cooperação (bilateral) — necessariamente imbuídos de *boa-fé* — até porque não há espaço aqui para a discussão da *culpa,* conforme responsabilidade (objetiva) adotada pelo CDC, tampouco possibilidade para se estabelecer *nexo de causalidade* entre a conduta (ação) do fornecedor, com os prejuízos e danos suportados pelo consumidor neste momento de crise.

O caos e o abalo indistintos das relações de consumo em razão da pandemia mundial impõem a necessidade de se redesenhar este vínculo contratual (entre consumidores e fornecedores), em ambiente sem espaço para uma intervenção judicial voltada ou preocupada com a perenidade contratual das avenças (isto é, com a preservação dos contratos nas mesmas bases que celebrados), sem adaptação (ou modulação) para sistema atual à vista das circunstâncias extraordinárias experimentadas, sob pena de quebra e derrocada das condições necessárias para manutenção das atividades empresariais deste mesmo sistema.

A situação de onerosidade excessiva imposta aos fornecedores pela situação de calamidade pública, sem menosprezo aos prejuízos carreados aos consumidores, alerta para o perigo da ideia da manutenção dos contratos firmados (em outras circunstâncias), desafiando a justa equação, a tarefa do restabelecimento do equilíbrio econômico contratual, sob pena de o fornecedor sucumbir (e de forma irreversível) na sua iniciativa econômica ou atividade.

Nesta linha de pensamento e ainda que com sérias imprecisões e incompatibilidades com o microssistema de proteção ao consumidor, como, por exemplo, o reconhecimento do caso fortuito e da força maior como excludentes de responsabilidade nas relações de consumo, o Governo Federal editou a Medida Provisória 948/2020 dispondo sobre o cancelamento de serviços, reservas, eventos dos setores de turismo e cultura em razão do estado de calamidade pública, liberando o prestador de serviços do reembolso ao consumidor dos valores pagos pelos eventos cancelados (mediante determinadas condições), concedendo, alternativamente (na impossibilidade de ajuste), o prazo de doze meses para a devolução dos valores pagos.

A Medida Provisória 925/2020, por sua vez, tratou especificamente dos reembolsos de passagens aéreas adquiridas e não utilizadas (voos cancelados, aeroportos e fronteiras fechadas, hotéis fechados, etc.), concedendo também o prazo de doze meses para o fornecedor devolver os valores recebidos, ficando isentos os consumidores das penalidades contratuais no caso de aceitação de crédito para utilização no prazo de doze meses (remarcação de bilhetes aéreos), com repercussão em todos os contratos de transporte aéreo firmados até o dia 31 de dezembro de 2020.

E ainda, a Lei 14.010/2020, nominada como a Lei do Regime Jurídico Especial Transitório – RJET, em vigor desde o dia da sua publicação (10 de junho de 2020), estabeleceu tratamento diferenciado e transitório para algumas relações jurídicas de direito privado, reservando para as **relações jurídicas de consumo**, no seu artigo 8º, a suspensão do direito de arrependimento do consumidor previsto no artigo 49 do CDC, nas compras realizadas fora do estabelecimento comercial (*delivery*), para produtos perecíveis, de consumo imediato e medicamentos, até o dia 30 de outubro de 2020.

5. Alteração das circunstâncias – "exceção da ruína"

A "exceção da ruína" surgiu no Direito alemão para aplicação no direito contratual. Com raízes na Idade Média, foi desenvolvida e aplicada pela jurisprudência alemã no período de grave crise econômica enfrentado após a Primeira Guerra Mundial.

O jurista português **Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro** delineou a "exceção da ruína" em uma de suas obras, associando a *alteração das circunstâncias de fato*, com ideia de *equidade*, de tal modo que – ocorrendo alterações fáticas (mudanças da situação) – caso não obstada a execução do contrato (firmado em situações bem distintas), o devedor será levado à **ruína**, o que vale dizer que esta anormalidade (alteração das circunstâncias) tem efeito **liberatório** a ele (devedor).[20]

[20] CORDEIRO, Antonio Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Editora Almedina, 2007.

Além do efeito liberatório, a “exceção da ruína” também tem função *adaptadora,* na medida em que permite o ajustamento do vínculo contratual original às novas circunstâncias da realidade, preservando-se a relação jurídica (o contrato), sem riscos de quebra do sistema, da ruína do devedor, resultado que logicamente só será alcançado a depender da cooperação mútua entre os envolvidos.

De acordo com o jurista Bruno Miragem[21], no Brasil, a “exceção da ruína” tem seu marco no direito do consumidor, ainda que extensível a todas as relações obrigacionais. Como desdobramento ou derivação da teoria da base objetiva do negócio jurídico, a “exceção da ruína”, segundo o mesmo jurista, tem como fundamento a boa-fé objetiva e está baseada nos deveres de lealdade e cooperação das partes contratantes, impedindo que em razão de alteração das circunstâncias (desde que objetivas e nunca subjetivas) o patrimônio de um dos contratantes seja sacrificado de forma tal que ele seja levado à ruína (falência).

E segue Bruno Miragem pontuando que:

> Desse modo, a exceção da ruína caracteriza-se como uma espécie de exceção liberatória do devedor, impondo às partes um dever de adaptação do contrato às novas circunstâncias da realidade, com a finalidade de manter a relação jurídica sem a quebra do sistema, sendo exigível o dever de cooperação mútua para modificar o contrato de modo menos gravoso às partes. O recurso à exceção da ruína tem, contudo, caráter excepcional, justificando-se apenas quando seja cabalmente demonstrando que a manutenção do objeto da obrigação e a exigência de seu cumprimento nos termos em que ajustados originalmente, torna-se impossível sem a excessiva onerosidade para uma das partes, e o risco de ruína do próprio sistema contratual no qual se integra. Tem sido esta a tendência da jurisprudência brasileira no tema.

[21] MIRAGEM, Bruno. *Direito civil, direito das obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

E quanto à jurisprudência, em julgamento recente, o colendo Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar agravo interno no agravo interposto no Recurso Especial nº 1427846/SP que tratava de plano de saúde coletivo empresarial (relação jurídica de consumo), afastou a alegação de direito adquirido dos aposentados (e dependentes) ao regime de custeio vigente à época do contrato de trabalho, submetendo-os aos mesmos pagamentos e regras impostos aos beneficiários da ativa, mesmo que necessário um redesenho do sistema, como forma de evitar o colapso do plano de saúde ("exceção da ruína").[22]

6. Conclusões

A uma só voz não há quem discorde do fato de que o mundo mudou, alterando para rumos — até então desconhecidos — as relações sociais, familiares, negociais, em um cenário do qual não ficaram isentas as relações jurídicas de consumo.

Os hábitos de consumo, os produtos consumidos (antes e depois da pandemia), a forma de consumir e especialmente as incertezas, receios e inseguranças são uma realidade para o consumidor e fonte de preocupação e angústia para o fornecedor.

Chegará o momento em que a reação e movimentação legislativas, que culminaram com a edição de medidas provisórias e promulgação de leis federais estabelecendo regime jurídico transitório para as relações privadas, inclusive de consumo, baterão às portas do Poder Judiciário, que certamente será chamado a chancelar ou a rechaçar medidas e normas de direito material criadas em sentido diametralmente oposto ao microssistema de proteção ao consumidor, como, por exemplo, a criação de excludentes de responsabilidade em acréscimo às hipóteses previstas no capítulo da responsabilidade civil do CDC.

De um lado, estará o consumidor, que ao longo de décadas e especialmente após a Constituição Federal de 1988, conquistou seu reconhecimento como parte vulnerável na relação de consumo, e usufruindo de uma proteção de *status* constitucional, reivindicará a efetivação

---

[22] https://bit.ly/335SbPO.

dos seus direitos básicos e, sobretudo, da proteção especial que lhe foi reservada no momento de contratar.

De outro, o fornecedor premido pelas suas dificuldades, dívidas e compromissos assumidos, clamará por uma justiça distributiva, sem o que sua própria subsistência estará em risco.

Ao Estado-juiz e aos operadores do Direito, neste cenário, recairá a desafiadora tarefa de inicialmente identificar nos sujeitos a boa-fé objetiva (bilateral), condição *sine qua non*, para, em seguida, identificar o novo equilíbrio desta relação contratual, alterada e desestabilizada pelas severas alterações das circunstâncias de outrora.

A harmonia desta relação entre consumidor de fornecedor, ou o restabelecimento dela, por sua vez, dependerá, de um lado, da compatibilização da proteção do consumidor com medidas propiciadoras e não impeditivas para o crescimento econômico do país, a impedir a ruína do fornecedor (que a ninguém interessa, tampouco ao consumidor), e de outro, o cuidado, respeito, reconhecimento e submissão às regras, vetores, comandos, princípios (e superprincípios), reunidos e sistematicamente organizados em uma lei (código), que há 30 anos habita e coabita harmonicamente no sistema jurídico, destacando-se pelo seu traço revolucionário, pela sua natureza cogente e sua função social.

Ao hermeneuta e ao Estado resta clara a proibição do retrocesso diante de recessões e crises econômicas, não se podendo negociar com direitos adquiridos. Assim à luz inclusive do princípio da proibição do retrocesso, ainda que em busca de soluções para a superação das dificuldades financeiras e econômicas, certamente cenário futuro dos sujeitos da relação de consumo, com especial gravidade para o caso do fornecedor, não poderá haver supressão de direitos conquistados pelo povo.

Referências

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projetos buscam resguardar consumidor durante pandemia. *Agência Câmara de Notícias*, Brasília, DF, 9 abr. 2020. Disponível em: https://bit.ly/2F6ekp4. Acesso em: 21 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Portal. *Superior Tribunal de Justiça,* Brasília, DF, 2020. Disponível em: https://bit.ly/3bv1mx6. Acesso em: 21 jun. 2020.

CAVALIERI FILHO, SERGIO. *Programa de direito do consumidor.* 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CORDEIRO, António Menezes. *Da boa fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2011.

CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil IX*. Coimbra: Almedina, 2016.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

FRAZÃO, Ana. *Impactos da covid-19 sobre os contratos empresariais*. AASP, São Paulo, 24 abr. 2020. Disponível em: https://bit.ly/3gX7DCU. Acesso em: 21 jun. 2020.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al*. *Código brasileiro de defesa do consumidor:* comentado pelos autores do anteprojeto. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MARÇAL, Sérgio Pinheiro. Código de defesa do consumidor: definições, princípios e o tratamento da responsabilidade civil. *Revista do Direito do Consumidor,* São Paulo, n. 6, p. 98-108, abr.-jun. 1993.

MARQUES, Claudia Lima; BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz; LIMA, Clarissa Costa de. Exceção dilatória para os consumidores frente à força maior da pandemia de Covid-19: pela urgente aprovação do PL 3.515/2015 de atualização do CDC e por uma moratória aos consumidores. *Revista de Direito do Consumidor,* Brasília, DF, v. 129, p. 47-71, 2020. Disponível em: https://bit.ly/2QYfRA7. Acesso em: 21 jun. 2020.

MIRAGEM, Bruno. *Direito civil, direito das obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JÚNIOR, Nelson. *Doutrinas essenciais, responsabilidade civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. v. 4.

SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e o dever de renegociar.* São Paulo: Saraiva, 2018.

SCHULMAN, Gabriel. Covid-19: os contratos, a incerteza os desafios para a manutenção das empresas e a exceção da ruína. *Migalhas*, [s. l.], 6 abr. 2020. Disponível em: https://bit.ly/2Zb1hd2. Acesso em: 21 jun. 2020.

TARTUCE, Flávio. O coronavírus e os contratos – extinção, revisão e conservação – boa-fé, bom senso e solidariedade. *Migalhas,* [s. l.], 27 mar. 2020. Disponível em: https://bit.ly/3bDAnzC. Acesso em: 21 jun. 2020.

A efetivação dos direitos básicos à educação e à informação do consumidor — apontamentos em função da pandemia do coronavírus (Covid-19)

Alexandre David Malfatti[1]
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: 1. O direito do consumidor e a pandemia: impossibilidade de retrocesso na proteção jurídica do consumidor; 2. Os direitos básicos do consumidor à educação e à informação na pandemia; 3. A atuação do magistrado na solução dos litígios de consumo relacionados com a pandemia — enfoque a partir dos direitos básicos à educação e à informação do consumidor; 4. Considerações finais; 5. Referências.

1. O direito do consumidor e a pandemia: impossibilidade de retrocesso na proteção jurídica do consumidor

Atualmente, não se discute a necessidade de proteção do consumidor. Cuida-se de um ponto de partida — verdadeira premissa — para qualquer estudo que objetive analisar as relações jurídicas entre o fornecedor e o consumidor.

A Constituição Federal de 1988 (CF) positivou como direito fundamental a promoção pelo Estado da defesa do consumidor (art. 5º, XXXII). Esse comando constitucional, insista-se, deve ser interpretado como dever de todos os poderes do Estado: Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário.

---

[1] Especialista em processo pela USP. Mestre e Doutor pela PUC-SP. Professor e Coordenador da área de Direito do Consumidor na Escola Paulista da Magistratura. Palestrante em cursos de especialização. Autor de obras jurídicas nas áreas de Direito do Consumidor e Direito Processual Civil.

O presente estudo terá como foco a atuação do Poder Judiciário.

Inicialmente, é oportuno destacar que a atuação do Poder Judiciário na atividade do Estado de promoção da defesa do consumidor não exclui a incidência dos demais direitos fundamentais, tampouco das garantias constitucionais. E, para cumprir aquela missão constitucional, o juiz continua imparcial.

O reconhecimento de situações de desigualdade — a relação de consumo retrata apenas uma dessas situações — exige dos membros do Poder Judiciário uma atuação voltada para a concretização dos direitos fundamentais, de sorte que sejam perseguidos os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º CF).

A declaração e a implementação de direitos materiais do consumidor ou a adoção de medidas processuais em favor do consumidor como resultados das decisões judiciais possuem a finalidade específica de aplicar as normas do ordenamento jurídico na justa medida para redução das desigualdades, para construção de uma sociedade livre, justa e solidária e como garantia de desenvolvimento nacional (social e econômico).

O Código de Defesa do Consumidor (CDC) transformou-se na principal lei — verdadeira lei geral — a disciplinar a relação jurídica de consumo. Nas palavras do Ministro Herman Benjamim (1992, p. 18), o CDC constituiu-se como "a morada principal estabelecida" do direito do consumidor.

A primeira questão colocada para reflexão: *diante dos efeitos sociais e econômicos causados pela pandemia, há espaço para retrocesso na proteção jurídica do consumidor?*

Parece-me que a resposta deve ser negativa. Não há espaço para retrocesso na proteção e defesa do consumidor inserida na ordem jurídica – em seus patamares constitucional e legal.

Neste sentido, colhe-se o magistério do professor e Ministro Ricardo Lewandowski (2018)[2]:

---

[2] O Supremo Tribunal Federal já proclamou a aplicação do princípio do não retrocesso em vários precedentes: (i) ADI 4.717/DF, relatora Ministra Carmen Lúcia, julgado em 05/04/2018 e (ii) ADI 5016/BA, Tribunal Pleno, Relator Ministro Alexandre de Moraes, julgado em 11/10/2018.

> O princípio da proibição do retrocesso, portanto, impede que, a pretexto de superar dificuldades econômicas, o Estado possa, sem uma contrapartida adequada, revogar ou anular o núcleo essencial dos direitos conquistados pelo povo. É que ele corresponde ao mínimo existencial, ou seja, ao conjunto de bens materiais e imateriais sem o qual não é possível viver com dignidade.

Todavia, deve ser admitida a excepcionalidade da situação atual, que exige dos intérpretes das normas jurídicas uma reflexão profunda sobre os valores, os princípios e as regras incidentes.

No exame da ADI 4.350/DF pelo Supremo Tribunal Federal, Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 23 de outubro de 2014, colhe-se do voto vencedor a seguinte passagem:

> O princípio da vedação ao retrocesso social não pode impedir o dinamismo da atividade legiferante do Estado, mormente quando não se está diante de alterações prejudiciais ao núcleo fundamental das garantias sociais.

O enfrentamento daquela situação excepcional não deve proporcionar soluções apressadas e que tenham apenas uma explicação genérica a partir das consequências negativas para a economia ou fundadas no temor de graves prejuízos econômicos aos fornecedores. Mas, igualmente, não pode impedir a atividade legislativa estatal na busca de soluções.

Oportuno o magistério do professor Canotilho (2003, p. 339-340):

> A proibição de retrocesso social nada pode fazer contra as recessões e crises econômicas (reversibilidade fáctica), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos (ex.: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do princípio da proteção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito econômico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente

> ao respeito pela dignidade da pessoa humana. […] O princípio da proibição de retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efectivado através de medidas legislativas […] deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa anulação, revogação ou aniquilação pura e simples desse núcleo essencial.

Esse alerta inicial tem razão de ser. As soluções a serem identificadas pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário não podem significar uma reversão de direitos dos consumidores, ainda que, em alguma medida, tragam limitações ou condições impostas pela pandemia. Essas novas situações jurídicas devem ser acompanhadas de mecanismos que preservem o núcleo fundamental dos direitos dos consumidores atingidos pelas soluções identificadas, em especial como funcionarão em termos alternativos ou compensatórios.

Os direitos dos consumidores não poderão ser anulados. As soluções que cogitem ou pratiquem anulação, revogação ou aniquilação do núcleo de proteção e defesa dos direitos dos consumidores serão inconstitucionais.

O desafio maior será buscar soluções jurídicas adequadas à realidade do caso concreto, mas moldadas e baseadas nos princípios jurídicos insculpidos pelo artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor, sublinhando-se:

- a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo,
- a harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo (consumidor e fornecedor) tendo como base principal a boa-fé e o equilíbrio e
- a educação e a informação dos fornecedores e consumidores quanto aos seus direitos e deveres.

O consumidor não deixou de ser vulnerável no mercado de consumo. Era antes da pandemia, continuou a ser durante a pandemia e

assim permanecerá depois da pandemia. E não se pode perder de vista, como adverte a professora Cláudia Lima Marques (2004, p. 34), que "identificar este sujeito protegido, sujeito de direitos especiais, agente escolhido para receber um microssistema tutelar legal é a pedra de toque do CDC".

A harmonização dos interesses do consumidor e do fornecedor demanda sempre a verificação do comportamento das partes (antes, durante e depois de estabelecida a relação de consumo) e viabilização de uma solução equilibrada (econômica e socialmente).

E, no estudo proposto neste artigo, pode-se afirmar que o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor e da necessidade de harmonização dos interesses exige que os direitos e deveres do fornecedor e do consumidor sejam analisados a partir da educação e da informação a eles proporcionada ou por eles assimilada.

Educar envolve a atitude de buscar a efetiva compreensão pelo fornecedor e consumidor do exercício dos seus direitos e deveres. Dispõe o artigo 205 da Constituição Federal: "a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho". Ao final do processo educacional como responsabilidade do Estado, da sociedade e da família, o fornecedor e consumidor estarão aptos à compreensão e exercício dos direitos e deveres no âmbito da relação de consumo e da própria sociedade.

A educação como princípio da Política Nacional das Relações de Consumo constitui poderoso instrumento transformador em favor da sociedade e do Estado.

Em sentido estrito, como assinalado por Jorge Ferreira Sinde Monteiro (1989, p. 15-16), a informação é a exposição de uma determinada situação de fato, que versa sobre pessoas, coisas ou qualquer outra relação.

E a pandemia trouxe exemplos significativos que afetaram as relações de consumo.

Noticiaram-se problemas da educação financeira (de fornecedores e consumidores) e das informações aos fornecedores sobre as linhas de crédito criadas, conforme artigo veiculado pela CNN Brasil em 9 de abril de 2020:

> A falta de informação circunda o setor mesmo quando as propostas envolvem os micro e pequenos empresários. O Senado aprovou, nesta terça-feira (7), um projeto de lei para criar uma linha de crédito especificamente para micro e pequenas empresas durante crise do coronavírus. Entretanto, de acordo com o levantamento do Sebrae, somente 14,2% dos empresários conhecem bem a medida.

Políticas governamentais e iniciativas sociais foram adotadas com a ambição de educar e informar sobre as condutas de isolamento e afastamento social, incluindo, dentre outras, aquelas relacionadas à necessidade de espaço entre as pessoas, à higienização correta das mãos e à utilização adequada das máscaras de proteção.

Estabeleceu-se um novo e inafastável cenário dos espaços de consumo (shopping centers, lojas, bares, restaurantes, academias, parques, dentre outros) com regras de frequência, utilização de serviços, comercialização, pagamento, retirada de produtos.

E por certo ninguém se arriscará a qualificar as novas regras, mais exigentes no comportamento do consumidor naqueles espaços, como de pronto abusivas e ilegais — numa perfunctória análise de seu conteúdo (art. 51, IV CDC). Essas normas protegem a vida e a saúde do consumidor.

Entretanto, será necessário verificar, sob o enfoque dos direitos básicos à educação e à informação, se os consumidores tiveram aqueles direitos básicos respeitados.

2. Os direitos básicos do consumidor à educação e à informação na pandemia

Ao lado dos princípios que formam a Política Nacional das Relações de Consumo,[3] destacam-se os direitos básicos do consumidor, pre-

---

[3] Importante frisar que a legislação brasileira está em harmonia com as Diretrizes das Nações Unidas para a Proteção do Consumidor. Essas diretrizes foram aprovadas pela Assembleia Geral em sua Resolução 39/248, de 16 de abril de 1985, ampliadas posteriormente pelo Conselho Econômico e Social em sua Resolução 1999/7, de 26 de julho de 1999, e revisadas e aprovadas pela Assembleia Geral em sua Resolução 70/186, de 22 de dezembro de 2015. São reconhecidas pelas Nações Unidas

vistos no artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor. A lei detalha os direitos fundamentais à proteção do consumidor, de plena e imediata eficácia. Configuram direitos indispensáveis ao equilíbrio da relação de consumo, promovendo a igualdade de condições entre consumidor e fornecedor.

Interessa reproduzir, dentre os direitos básicos do consumidor, aqueles previstos nos incisos II e III do artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor:

> Art. 6º. São direitos básicos do consumidor:
> II – educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;
> III – a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem.

Como assinalam Jean Calais-Auloy e Frank Steinmetz (2006, p. 53), a desigualdade na relação entre fornecedores e consumidores vem, em grande parte, da desigualdade de suas informações. Enquanto os fornecedores conhecem os produtos e serviços colocados no mercado de consumo, os consumidores são, em sua maior parte, incapazes de julgar – especialmente antes da aquisição – os produtos e serviços ou fazer distinção entre eles. Sendo assim, o direito à informação tornou-se, a justo título, um dos temas maiores de toda a política de defesa dos consumidores.

Nessa linha, um dos painéis de conclusões do 5º Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor (2000) versou sobre o direito básico à informação e o aprovou por unanimidade:

---

a vulnerabilidade do consumidor em situação de desvantagem ou sujeição, o direito dos consumidores a uma informação adequada e que lhes permita fazer escolhas fundamentadas e conforme os desejos e necessidades de cada um e o direito do consumidor a ser educado, inclusive sobre as consequências ambientais, sociais e econômicas oriundas das suas escolhas.

> 1. O direito à informação, conferido ao consumidor, é espécie do gênero Direitos Fundamentais, como especificação da tutela constitucional do consumidor, tendo sido expressa e conjuntamente previsto nos incisos XIV, XXXII e XXXIII do artigo 5º da CF/88. Essas normas são de aplicabilidade imediata, como direitos de prestação e proteção, dirigidos ao legislador, ao Judiciário (neste caso, como critérios nucleares de interpretação), à Administração Pública e aos Particulares, conformadores nas normas infraconstitucionais, inclusive do Código de Defesa do Consumidor.

Nas precisas palavras dos professores Cláudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin e Bruno Miragem (2003, p. 150) sobre o tema:

> Informar é mais do que cumprir com o dever anexo de informação é cooperar e ter cuidado com o parceiro contratual, evitando danos morais e agindo com lealdade (pois é o fornecedor que detém a informação!) e boa-fé.

O Superior Tribunal de Justiça reconheceu a relevância do direito à informação do consumidor em inúmeros precedentes,[4] merecendo destaque o REsp. nº 1.364.915-MG, 2ª Turma, relator Ministro Humberto Martins, julgado em 14 de maio de 2013:

---

[4] Em recente notícia veiculada no site do Superior Tribunal de Justiça, destacaram-se inúmeros outros julgados sobre o tema: (a) informação adequada sobre riscos de cirurgia (REsp. nº 1.540.580j, (b) dever de comunicação ao consumidor sobre descredenciamento de clínicas mesmo que a decisão não tenha partido das operadoras do plano ou seguro saúde (REsp. nº 1.561.445), (c) informação sobre o *"contém glúten"* nos rótulos dos alimentos industrializados acompanhada da advertência de que *"o glúten é prejudicial à saúde dos consumidores com doença celíaca"* (REsp. nº 1.515.895), (d) necessidade de informação ao consumidor sobre cancelamento de voos sem justificativa técnica ou de segurança (REsp. nº 1.469.087), (d) qualificou como publicidade enganosa televisiva aquela que não transmite informações sobre preço e forma de pagamento, condicionando-a à ligação telefônica tarifada (REsp. nº 1.428.801), (e) identificou vício de quantidade na hipótese em que o fornecedor reduz o volume da mercadoria sem informar essa alteração na embalagem de forma clara, precisa e ostensiva (REsp. nº 1.364.915), (f) conclui pela invalidade da cláusula do contrato de seguro que exclui a cobertura do furto simples por falha no dever geral de informação (REsp. nº 1.293.006) e (f) mesmo reconhecendo a validade do conteúdo, estabelece a prévia informação como condição para incidência da cláusula que transfere ao consumidor a obrigação de pagar a comissão de corretagem nos contratos de compra e venda de imóveis (Tema 938 de incidente de recursos repetitivos e REsp. nº 1.747.307).

> Mais do que obrigação decorrente de lei, o dever de informar é uma forma de cooperação, uma necessidade social.
>
> Na atividade de fomento ao consumo e na cadeira fornecedora, o dever de informar tornou-se autêntico ônus pró-ativo incumbido aos fornecedores (parceiros comerciais, ou não, do consumidor), pondo fim à antiga e injusta obrigação que o consumidor tinha de se acautelar (caveat emptor).

E, prosseguindo-se na análise dos efeitos da pandemia sobre as relações de consumo, observa-se que esse período provocou um agravamento na assimetria de informações.

Como apontado anteriormente, as micro e pequenas empresas (fornecedores) apresentaram dificuldades de acesso à educação e informação sobre o crédito a elas disponibilizado pelas políticas governamentais da pandemia. Porém, não se pode colocar em dúvida o esforço das entidades de fornecedores na busca de condições para a retomada da economia e das atividades empresariais, incluindo uma comunicação institucional voltada à reabertura dos estabelecimentos comerciais.

Esse panorama, de um lado, permite concluir que há um campo promissor de formação (educação) e informação do fornecedor para promoção de sua atividade de fornecimento de produtos e serviços no mercado de consumo.

O mesmo movimento de educação e informação aos consumidores parece exigir esforços maiores do Estado e da própria sociedade. E a concretização dos direitos básicos à educação e informação do consumidor tem como antecedente a capacidade do fornecedor de conhecer e transmitir a mensagem.

Aqui uma advertência: não se pode diminuir ou restringir a obrigação do fornecedor de educar e informar o consumidor sobre os produtos e serviços como resultado da pandemia. Espera-se justamente o oposto!

Some-se a isso um dado social preocupante: o Brasil apresenta elevadas taxas de analfabetismo e analfabetismo funcional. A taxa de analfabetismo das pessoas com 15 anos ou mais de idade no Brasil em

2018 era de 6,8%.[5] O analfabetismo funcional no mesmo ano alcançava 29% da população segundo dados do Inaf Brasil 2018.[6] É classificado como analfabeto funcional um indivíduo que não consegue entender pequenos textos. Esses indivíduos, mesmo sendo capazes de ler alguns textos, não desenvolveram a capacidade de interpretação.

O acesso à educação e informação no Brasil traduz um problema social que revela a desigualdade estrutural do nosso país, isto é, que tem origem nas diversas desigualdades: as camadas de renda, as regiões brasileiras, as faixas etárias, a raça e os gêneros.[7]

Pode-se lançar uma segunda questão: *diante dessa desigualdade estrutural, como concretizar os direitos básicos à educação e à informação do consumidor em tempos de pandemia?*

A realidade brasileira deve servir de causa e efeito para as ações estatais de execução (Poder Executivo), criação (Poder Legislativo) e aplicação (Poder Judiciário) das normas e do direito para enfrentamento da pandemia.

E, no campo da autonomia privada, a sociedade deve pautar suas ações com observância aos princípios e direitos fundamentais também atenta para aquilo que se apresenta no nosso país.

Essas afirmações ecoam como óbvias?

A indagação contém uma provocação evidente e destinada a estimular reflexões dos profissionais do direito. O desafio por vir, insista-se, é enorme. Sem qualquer visão que possa ser rotulada como “assistencialista”, o que se propõe no presente estudo é muito diferente.

Em primeiro lugar, a análise deve buscar a identificação dos envolvidos.

---

[5] Página do IBGE “Conheça o Brasil: população: educação”: “No Brasil, segundo a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD Contínua) 2018, a taxa de analfabetismo das pessoas de 15 anos ou mais de idade foi estimada em 6,8% (11,3 milhões de analfabetos).” E mais adiante: “Também em 2018, 48,1% da população de 25 anos ou mais de idade estava concentrada nos níveis de instrução até o ensino fundamental completo ou equivalente; 27% tinham o ensino médio completo ou equivalente; e 16,5%, o superior completo.”

[6] Resultados preliminares do Inaf Brasil 2018. Indicador de Analfabetismo Funcional. Esse estudo destaca os indicadores do analfabetismo funcional a partir da renda, regiões brasileiras, cor, gênero etc.

[7] Essa conclusão tem como suporte o estudo mencionado na nota anterior e também o estudo desenvolvido pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira no âmbito do Ministério da Educação e denominado Mapa do analfabetismo no Brasil.

O consumidor deve ser considerado individual e coletivamente.

Numa situação individual, será essencial a constatação do consumidor e do fornecedor envolvidos na relação jurídica examinada.

Qual consumidor celebrou o contrato, por exemplo? Que informações ele recebeu no momento da formação do contrato? Ele foi educado e informado a como usar o produto ou serviço? O consumidor tinha condições de assimilar as informações, levando-se em conta idade, nível educacional e posição econômica? Qual era a situação econômica e emocional do consumidor para compreender os contornos da oferta, da publicidade ou do contrato? O consumidor teve informações sobre os riscos do serviço ou do produto para sua saúde ou mesmo acerca dos riscos econômicos do negócio jurídico?

As variadas respostas para essas múltiplas indagações poderão auxiliar na definição do consumidor individualmente considerado no caso concreto.

Por exemplo, se o consumidor for alguém provido de mínima instrução, terá possibilidade de assimilar as informações contidas nas regras de comportamento (condições e limitações) dos espaços de consumo. O consumidor pode ler e compreender normas específicas que imponham distanciamento social, medição de temperatura e uso de luvas ou máscaras em shoppings centers, lojas e restaurantes.

Evidentemente, quanto mais complexas as exigências de interpretação do que estiver escrito nas regras de comportamento ou nas cláusulas contratuais, menos as novas exigências da pandemia poderão vincular o consumidor (art. 46 CDC). Deve ser imposto ao fornecedor que efetive os direitos básicos à educação e informação daquele consumidor que apresenta limitações de instrução e dificuldades na cognição da mensagem.

Igual raciocínio deve ser feito em relação ao fornecedor. Qual é a empresa ou o empresário individual envolvido no fornecimento do produto ou serviço? Qual a posição daquele fornecedor no cenário econômico? Qual o domínio do fornecedor sobre os conhecimentos técnico, científico e comercial envolvidos na colocação do produto ou serviço no mercado de consumo? O fornecedor tinha condições de prestar informações adequadas, claras, completas e verdadeiras ao consumidor?

Quais eram as informações essenciais e relevantes a serem prestadas pelo fornecedor ao consumidor?

As variadas respostas para essas múltiplas indagações poderão auxiliar na definição do fornecedor individualmente considerado no caso concreto.

Dificuldade adicional será encontrar as respostas a para solução dos conflitos que envolvam direitos coletivos (direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos) dos consumidores, isto é, quando o consumidor for coletivamente considerado.

Certamente, quando a análise envolver direitos coletivos, a ponderação e interpretação dos valores, princípios e regras exigirá cautela redobrada. E, no campo de atuação do Poder Judiciário, as soluções (decisões) deverão guiar-se pela consideração do consumidor em seu estado de hipervulnerabilidade, para alcançar os consumidores portadores das mais variadas deficiências ou situações de sujeição.

Oportuno reafirmar que também na pandemia as partes (fornecedor e consumidor) não foram afetadas igualmente pela falta ou insuficiência de informações. A assimetria tornou-se ainda mais latente, até por conta da capacidade institucional do segmento empresarial. E não se colocou isso para apontar um problema, mas uma solução.

Se o direito do consumidor envolve um direito de massa, nada mais natural que novos comportamentos sejam esperados e exigidos. A colocação de produtos (alimentos, medicamentos e roupas, por exemplo) ou de serviços adaptados à nova realidade pós-pandemia acarretará a obrigação do fornecedor de valer-se de técnicas de informação adequadas no processo de comunicação com o consumidor — na concepção de embalagens, peças publicitárias e instrumentos contratuais de adesão.

O consumidor terá necessidade adicional de educação e informação, porque o ato de consumir envolverá seus direitos (fundamentais e básicos) à vida e à saúde. Mais do que isso. O consumidor deverá ser capaz de respeitar também os demais consumidores, igualmente atingidos pelos novos desafios.

3. A atuação do magistrado na solução dos litígios de consumo relacionados com a pandemia — enfoque a partir dos direitos básicos à educação e à informação do consumidor

O mundo busca responder às necessidades causadas pela pandemia. Para além daquilo que se aguarda no campo da ciência e tecnologia para tratamento da doença e descoberta da vacina contra a Covid-19 para enfrentamento da pandemia, também houve um movimento para soluções jurídicas.

Oportuno ressaltar alguns atos normativos que retrataram atuação do Poder Executivo e do Poder Legislativo para enfrentamento da pandemia.

Em 20 de março de 2020, o Decreto Legislativo 06/2020 reconheceu a ocorrência de estado de calamidade pública, com efeitos até 31 de dezembro de 2020. Esse decreto serviu para atender as exigências da Lei Complementar 101/2000 (normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade fiscal).

O decreto atendeu a mensagem 93 de 18 de março de 2020 da Presidência da República enviada ao Congresso Nacional, destacando:

> O desafio para as autoridades governamentais em todo o mudo, além das evidentes questões de saúde pública, reside em ajudar as empresas e pessoas, especialmente aquelas mais vulneráveis à desaceleração do crescimento econômico, a atravessar este momento inicial, garantindo-se que estejam prontas para a retomada quando o problema sanitário tiver sido superado. Neste sentido, a maioria dos países vêm anunciando pacotes robustos de estímulo fiscal e monetário, bem como diversas medidas de reforço à rede de proteção social, com vistas a atenuar as várias dimensões da crise que se desenha no curtíssimo prazo. Apesar da incerteza em relação à magnitude dos estímulos requeridos, bem como dos instrumentos de política mais adequados neste momento, a avaliação de grande parte dos analistas é que as medidas anunciadas têm apontado, em geral, na direção correta. Não há, porém, como evitar o choque recessivo no

> curto prazo, que deve afetar a maioria dos países do mundo, inclusive o Brasil. Espera-se, porém, que essas medidas sejam capazes de suavizar os efeitos sobre a saúde da população e pelo menos atenuar a perda de produto, renda e emprego no curto prazo e facilitar o processo de retomada.

Esses primeiros atos do Poder Executivo e do Poder Legislativo indicaram a gravidade da situação e o imenso impacto sobre a sociedade brasileira.

No campo das relações de consumo, ressaltam-se as seguintes regras:

- artigo 3º da Medida Provisória 925, de 18 de março de 2020: O prazo para o reembolso do valor relativo à compra de passagens aéreas será de doze meses, observadas as regras do serviço contratado e mantida a assistência material, nos termos da regulamentação vigente. § 1º Os consumidores ficarão isentos das penalidades contratuais, por meio da aceitação de crédito para utilização no prazo de doze meses, contado da data do voo contratado.
- artigo 8º da Lei 14.010, de 10 de junho de 2020: Até 30 de outubro de 2020, fica suspensa a aplicação do art. 49 do Código de Defesa do Consumidor na hipótese de entrega domiciliar (delivery) de produtos perecíveis ou de consumo imediato e de medicamentos.

As aludidas regras criadas devem ser interpretadas pelo Poder Judiciário em harmonia com os princípios e as regras do Código de Defesa do Consumidor. Não se pode retroceder, lembro, implementando por meio de decisões judiciais a revogação de direitos do consumidor sem medidas compensatórias ou alternativas. E sempre com atenção à realidade social e econômica do Brasil.

A partir daquelas regras, há algumas perguntas pertinentes: a viagem (passagem aérea) e a compra fora do domicílio devem ocorrer no período da pandemia? A informação prévia e adequada ao consumidor será relevante, isto é, terá importância a comunicação prévia pelo fornecedor de que o consumidor não poderá receber de imediato o valor da passagem não usufruída, ou ainda, de que ele não poderá trocar os

produtos perecíveis ou medicamentos quando os adquirir fora do estabelecimento e para entrega domiciliar?

As indagações são necessárias. Como será visto adiante, a peculiaridade do caso concreto e seus contornos fáticos podem subsidiar a fundamentação da decisão judicial.

Cogita-se para reflexão a hipótese de uma futura prolação de decisão judicial que imponha ao consumidor a espera de doze meses para ver devolvido o valor de passagens aéreas, mesmo para inadimplemento perpetrado pelo fornecedor antes da pandemia. Isso será um desvirtuamento e uma interpretação extensiva ilegal, porque além do que a Medida Provisória tem como objetivo – disciplinar as viagens frustradas durante a pandemia e a discussão sobre a devolução dos valores naquele período? E se a referida decisão judicial tiver como premissa a preservação do fornecedor, isto é, a diminuição de desembolso para não acarretar sua falência?

Interpretações ou conclusões que atentem contra direitos fundamentais e básicos dos consumidores não encontram, com o devido respeito, amparo no ordenamento jurídico constitucional e legal. Mesmo a pretexto de salvaguardar um objetivo maior de suposta preservação de empresas ou da atividade econômica, mormente quando não existem elementos concretos para dar suporte a isso.

Certamente não será uma decisão judicial de um caso concreto que impedirá as consequências econômicas negativas advindas da pandemia e experimentadas pelo fornecedor. E assim será ainda que se efetivem múltiplas decisões judiciais contrárias aos interesses econômicos do fornecedor. A prudência exigida na decisão judicial deve permitir soluções diferenciadas, mas sem permitir a exclusão de direitos dos consumidores.

Voltando à reflexão proposta, o caso concreto poderá sim dar ensejo à concessão de prazo para o fornecedor fazer o pagamento ao consumidor da sentença condenatória da devolução do preço das passagens, desde que justificada na decisão judicial. Essa possibilidade não está descartada em favor do fornecedor e, principalmente, pode ser adotada em favor do próprio consumidor, como será visto adiante. Mas deverá relacionar, de forma objetiva, a conclusão com os efeitos da pandemia.

Pode-se sustentar que uma decisão judicial com esse conteúdo busca preservar o direito de crédito do consumidor (devolução do

valor das passagens reconhecido na sentença condenatória), mas, à luz dos dados identificados no caso concreto, modula a condenação com a harmonização dos interesses envolvidos. Insista-se num ponto, até para evitar confusões: qualquer concessão deve basear-se em dados obtidos no conflito de consumo analisado, evitando-se sacrifícios de direitos de fornecedores e consumidores sem apoio em fatos verificados e provados.

Exemplo da prudência do magistrado no momento da pandemia é extraído do voto do Ministro Marco Aurélio ao apreciar como relator o pedido de liminar na ADI 6.406, ação que contesta a Lei Estadual do Paraná 20.187/20, que proíbe o corte do fornecimento de energia enquanto durarem as medidas de isolamento social decorrentes da pandemia da Covid-19: *In verbis:*

> O texto constitucional não impede a edição de lei estadual que, sem versar especificamente a prestação dos serviços de fornecimento de energia elétrica e água, venha a produzir impacto na atividade desempenhada pelas concessionárias de serviço público federal, uma vez preservado o núcleo da regulação da atividade de fornecimento de energia elétrica e água, de competência da União.
> Indaga-se: o legislador estadual, ao editar norma versando a proibição de cortes no fornecimento de serviços de energia elétrica durante a pandemia de covid-19, a imposição de multa em caso de descumprimento da medida e a previsão de regulamentação, pelo Executivo, do pagamento parcelado das dívidas relativas à prestação dos serviços após a emergência sanitária, interveio diretamente no núcleo de atuação das empresas voltadas à prestação de serviços de fornecimento de energia elétrica e água, usurpando a competência privativa da União?
> A resposta é negativa. A edição da norma não instituiu obrigações e direitos relacionados à execução contratual da concessão de serviços públicos. Buscou ampliar mecanismo de tutela da dignidade dos usuários – “destinatários finais”, na dicção do artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor, considerada a quadra inesperada, a quarentena, implementando providências necessárias à

> mitigação das consequências da pandemia, de contornos severos e abrangentes.
>
> [...]
>
> *O momento é de temperança, de compreensão maior. Com a Lei, buscou-se preservar bem maior do cidadão, ou seja, a dignidade, presente o isolamento social, como medida de enfrentamento da crise sanitária.* (destaque nosso)

No caso dos serviços essenciais, em especial na prestação do serviço público de distribuição de energia elétrica, a Resolução Normativa 878 de 24 de março de 2020 vedou a suspensão do fornecimento de energia por falta de pagamento (inadimplemento) dos consumidores residenciais de baixa renda e de área rural por 90 dias (a partir de sua publicação em 25 de março de 2020). O Supremo Tribunal Federal entendeu, até o momento (o julgamento não está finalizado), que não havia possibilidade de convivência e harmonia entre o comando normativo oriundo da União e aquele proveniente do estado, frisando a necessidade de decisões que mitiguem os efeitos da pandemia num momento de valorização da temperança e compreensão elevada para garantia da vida e da dignidade do cidadão (consumidor do serviço).

A proposta do presente estudo é que a intervenção positiva do magistrado no campo das relações jurídicas de consumo (em especial nos contratos de consumo) seja inspirada e guiada pelo referido julgamento do Supremo Tribunal Federal, aliando moderação (temperança) e elevação para aplicação da solidariedade (compreensão maior).

É preciso verificar a origem dos problemas (conflitos) nas relações de consumo, em especial se relacionados com a pandemia. Mas não é só. É imprescindível que se verifiquem os fatos que aconteceram antes, durante e depois daquela crise sanitária.

No campo dos direitos à educação e informação, deve-se examinar como os consumidores foram atendidos pelo fornecedor nos períodos da pandemia e pós-pandemia. Ou seja, como agiram os fornecedores na origem e nos efeitos dos problemas provocados pela referida crise. Esses pontos serão essenciais na compreensão dos contornos dos litígios de consumo pelo magistrado, a quem caberá inclusive

indagar e refletir sobre a cooperação e a boa-fé dos consumidores e dos fornecedores.

A preservação da dignidade da pessoa humana (da própria dignidade do consumidor), insista-se, deve permitir ao magistrado a concretização dos princípios (e cláusulas gerais) e dos direitos básicos do consumidor em consonância com os objetivos da República Federativa do Brasil (art. 3º CF).

É oportuno destacar que não se trata de promover uma "farra de princípios", porque não se pode negar a natureza jurídica dos princípios. O que se propõe é a aplicação correta e adequada dos princípios e dos direitos básicos que integram o ordenamento jurídico e, em especial, o Código de Defesa do Consumidor. É preciso compreender que os princípios integram o chamado "direito positivo".[8]

A decisão fundamentada do magistrado deve explicar a incidência dos princípios e das regras, guardando lógica e sensibilidade aos problemas do nosso país. O objetivo da conservação do contrato de consumo deve promover a dignidade dos envolvidos e concretizar os direitos básicos do consumidor. Esse objetivo não interfere na incidência das normas protetivas do CDC (por exemplo a revisão do contrato – art. 6º, V), mesmo com a vigência da Lei 13.874/2019[9] e da Lei 14.010/2020.[10]

Durante a pandemia, as fraudes contra os consumidores assumiram números preocupantes. Houve notícias de golpes contra os consumidores realizados por vendas promovidas em ofertas publicitárias enganosas na internet, televisão, WhatsApp e outras mídias. Foram listados, dentre outros, os seguintes golpes: (a) Ambev: "álcool em gel da Ambev. Registre-se", (b) pedido de doação para fabricação da vacina

[8] A doutrina dos princípios e das normas jurídicas é extensa e variada. Para dar suporte à afirmação, colhe-se o escólio do professor Paulo de Barros Carvalho: "Em termos de direito positivo, princípios são normas jurídicas portadoras de intensa carga axiológica, de tal forma que a compreensão de outras unidades do sistema fica na dependência da boa aplicação daqueles vetores. Acatando-se o enunciado assim formulado, preserva-se a uniformidade do objeto, permanecendo o sistema do direito posto como um conjunto de normas jurídicas: todas com a mesma estrutura sintática (homogeneidade sintática), porém diversas semanticamente (heterogeneidade semântica)".

[9] A Lei de Declaração de Direitos de Liberdade Econômica ressalvou, embora isso fosse até desnecessário, que não poderiam ser afetados os direitos do consumidor (art. 3º, § 3º, II).

[10] A Lei sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do coronavírus (Covid-19) fez interferência pontual nas relações de consumo.

contra Covid-19, (c) Netflix: “nessa quarentena ganhe uma conta sem custo”, (d) Anatel: “internet gratuita”, (e) aplicativos falsos relacionados ao auxílio emergencial.

O isolamento social provocou uma vulnerabilidade adicional do consumidor. Ficou mais suscetível às ofertas e, como consequência, também aos golpes. Isso aconteceu em todo o mundo. As vendas pela internet (o comércio eletrônico) sofreram incremento durante a pandemia.

Em tempos de pandemia, intensifica-se a necessidade da proteção contratual do consumidor, preservando-se não só seus legítimos interesses econômicos, mas também e principalmente seus direitos à vida e à saúde.

O magistrado poderá vincular o fornecedor a ofertas efetivadas com informações precisas, nos termos dos artigos 30 e 35, ambos do CDC. Por exemplo, as promessas (ofertas) publicitárias sobre prazos de entrega de produtos ou da prestação de serviços relacionados com a pandemia — por exemplo, aquele com fins médicos ou de assistência à saúde.

No campo do direito à informação, resta destacar que a ausência ou a insuficiência da informação provocará a não vinculação do consumidor, nos termos do artigo 46 do CDC. Isto é, nos contratos de consumo celebrados durante a pandemia ou mesmo naqueles que tenham seus efeitos produzidos durante a pandemia ou no período posterior, caberá ao magistrado ainda maior rigor ao exigir do fornecedor o cumprimento do seu dever de informação.

A redação das cláusulas do contrato de consumo celebrado por instrumento de adesão (art. 54 CDC) deve cumprir as exigências impostas pelo direito à informação, mormente quando o negócio tiver sido celebrado durante a pandemia ou tiver seus efeitos projetados naquele período ou seguido a ele. Limitação de direitos demanda destaque – na letra e na localização do contrato ou da oferta, de modo a permitir fácil identificação e plena compreensão pelo consumidor.

A violação dos artigos 46 e 54 do CDC implicará o reconhecimento da nulidade da cláusula contratual. Esse ponto, friso mais uma vez, não pode ser objeto de revogação, restrição ou exclusão do direito à informação do consumidor pela decisão judicial, sob pena de retrocesso causado por atuação do Poder Judiciário.

Na intervenção dos contratos e na identificação de soluções de lado a lado, o magistrado deverá ser criativo para buscar soluções e opções. Não bastará simplesmente reduzir o preço do produto ou do serviço por conta dos efeitos negativos da pandemia sem verificar a consequência concreta da decisão judicial sobre o fornecedor ou sobre os demais consumidores. Mas poderá cogitar, por exemplo, a ampliação de prazos para quitação do preço, concessão de parcelamentos e até determinação de prorrogações de períodos contratuais.

A atuação do magistrado no plano da eficácia do contrato para produção de um resultado justo e equilibrado para as duas partes (consumidor e fornecedor) está albergada no ordenamento jurídico. Essa difícil tarefa de enfrentar um momento tão delicado do país, da sociedade e da economia não prescinde da participação ativa e responsável do Poder Judiciário.

No campo processual, o juiz de primeiro grau deve preparar-se para a solução pacífica dos litígios de consumo. Deve haver um investimento na face conciliadora do magistrado. Resolver o conflito pela via do acordo preserva a relação de consumo e, usualmente, proporciona maior satisfação ao consumidor e ao fornecedor.

Em curso promovido pela Enfam no dia 1º de junho de 2020,[11] discutiu-se a existência de um verdadeiro “dever de renegociação”. Não se cuidava de conceber uma imposição (obrigação) das partes a chegarem um acordo. Mas do dever de participar da renegociação, quando determinada essa etapa no âmbito do processo. E não se descartou a imposição de uma multa processual pela recusa ao comparecimento a uma negociação.

No campo do comportamento do consumidor, a atuação do juiz deve concretizar os direitos, mas também chamar a atenção para as obrigações. Deve ser exigida boa-fé do consumidor. Os excessos do consumidor nas demandas judiciais devem ser combatidos também na pandemia e no período que a seguir.

[11] Evento promovido pela Enfam — Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, em 1º de junho de 2020. Coordenado pelo Ministro Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamim e, no tema, contou com a participação dos Ministros Isabel Gallotti e Paulo de Tarso Sanseverino, além do magistrado Hector Valverde Santana.

As lides temerárias devem ser identificadas pelos magistrados com imposição de sanções processuais aos consumidores de má-fé. O Poder Judiciário não pode ser palco do abuso do direito de litigar por meio de ações judiciais fraudulentas – assim compreendidas aquelas em que a causa de pedir (elemento da ação) retrata narrativas falsas (que não correspondem à realidade).[12]

No campo do comportamento do fornecedor, a atuação do magistrado deve evitar a multiplicação de litígios com iguais fundamentos e que representam violação de direitos dos consumidores, durante a pandemia e no período que a seguir. A probidade do fornecedor pode ser extraída do seu comprometimento social e da sua relação com os consumidores. A diminuição do número de demandas judiciais representa importante dado sobre como a empresa é conduzida pelos seus sócios ou administradores.

4. Considerações finais

Evidentemente, tempos árduos são vivenciados pela sociedade como um todo — também pelos consumidores e fornecedores.

Numa sociedade que se caracteriza pela desigualdade estrutural, pelas dificuldades econômicas que reduzem alternativas para políticas governamentais e pelo receio do empresário em arriscar-se em novos investimentos, a solução dos litígios de consumo pelo Poder Judiciário permite uma última indagação: em tempos de pandemia, esses processos judiciais a serem decididos pelos juízes podem ser classificados como “casos difíceis”?

O presente estudo não assume a ambição de aprofundar a discussão teórica ou filosófica sobre o alcance da locução “casos difíceis” ou mesmo da divergência entre Hart e Dworkin sobre a discricionariedade do juiz.

---

[12] O Poder Judiciário de São Paulo recebeu e continua a receber inúmeras ações fraudulentas promovidas por consumidores. Por exemplo, ação declaratória de inexistência de relação jurídica cumulada com pedido de indenização por danos morais em que a petição inicial indicava a inexistência de contrato entre consumidor e fornecedor — fato que se verificava falso, porque demonstrada a contratação e a autenticidade da assinatura e a validade da manifestação e vontade. Evidentemente, essas vicissitudes de comportamentos não podem colocar em risco todo o sistema de proteção aos consumidores. Ações fraudulentas representam uma exceção à regra — prevalecem as ações idôneas promovidas pelos consumidores.

O objetivo da pergunta é provocar reflexão, externar a observação e a preocupação de que as soluções das ações judiciais na pandemia ensejam dificuldades na interpretação das normas e na fundamentação das decisões judiciais.

O juiz enfrentará a oposição de argumentos lógicos e capazes de servir como fundamentações razoáveis para as decisões judiciais.

A pandemia causa um desarranjo — real ou aparente — das normas e que demanda uma imprescindível valorização da aplicação dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais. No caso das relações de consumo, essas normas iluminarão a interpretação das regras relativas aos direitos básicos (art. 6º CDC), em que a concretização dos últimos guarde harmonia com toda principiologia do sistema jurídico de proteção do consumidor.

É neste sentido que se propõe uma atitude responsável, mas com ousadia na identificação das soluções pelo Poder Judiciário.

Quando necessário, e se não forem respeitados os direitos básicos do consumidor (notadamente à educação e informação), a decisão judicial deverá atuar no plano da validade, declarando-se a nulidade de cláusulas contratuais.

Além disso, o magistrado não pode ter receio de atuar no plano da eficácia dos contratos de consumo como forma de propiciar a um só tempo e numa justa medida o equilíbrio (fundado na boa-fé) entre as partes, preservar tanto quanto possível o negócio jurídico, realizar os interesses econômicos e dar efetividade aos direitos básicos do consumidor. Daí a possibilidade de, motivada pelos efeitos da pandemia, ser proferida uma sentença que veicule uma interpretação para as disposições contratuais com alcance para além do inicialmente imaginado e concebido pelos contratantes (consumidor e fornecedor), tais como suspensão dos efeitos da mora, concessão de parcelamento de débito ou pulverização no tempo de percentual de reajuste do preço.

Casos difíceis exigem soluções criativas dos juízes a partir do ordenamento jurídico, mas com riqueza e substância nas fundamentações das decisões judiciais. E, para que não surjam dúvidas, o que se pretende é a atuação de um “juiz real” e sensível à realidade brasileira, deixando de lado qualquer aspiração a um “juiz Hércules” (Dworkin).

Referências

AS RELAÇÕES de consumo e o dever de informação. *STJ Notícias*, Brasília, DF, 10 nov. 2019. Disponível em: https://bit.ly/33h9o8W. Acesso em: 2 jul. 2020.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. *O direito do consumidor.* Justitia, São Paulo, v. 54, n. 160, p. 251-266, 1992. Disponível em: https://bit.ly/3k3zxyS. Acesso em: 30 jun. 2020.

BRASIL. Ministério da Educação. *Mapa do analfabetismo no Brasil*. Brasília, DF: MEC. Disponível em: https://bit.ly/2ZoTjNA. Acesso em: 2 jul. 2020.

BROTERO, Mathias. Mais de 600 mil pequenas empresas fecharam as portas com coronavírus. *CNN Brasil,* Brasília, DF, 9 abr. 2020. Disponível em: https://bit.ly/33gQeQz. Acesso em: 2 jul. 2020.

CALAIS-AULOY, Jean; STEINMETZ, Frank. *Droit de la consommation*. 7. ed. Paris: Dalloz, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. 2. reimp. Coimbra: Almedina.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Princípios e sobreprincípios na interpretação do Direito*. São Paulo: Ibet. Disponível em: https://bit.ly/2ZoAkCD. Acesso em: 2 jul. 2020.

CONCLUSÕES do 5º Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor,* São Paulo, v. 35, p. 251-252, 2000.

CONHEÇA o Brasil: população: educação. *IBGE Educa,* Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: https://bit.ly/2ZmBTRH. Acesso em: 30 jun. 2020.

INAF Brasil 2018: resultados preliminares. [S. l.]: Ação Educativa: Instituto Paulo Montenegro, 2018. Disponível em: https://bit.ly/3m4e2zP. Acesso em: 2 jul. 2020.

LEWANDOWSKI, Ricardo. Proibição do retrocesso. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 1º fev. 2018. Disponível em: https://bit.ly/3k2waZ3. Acesso em: 2 jul. 2018.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: *Revista dos Tribunais,* 2003.

MARQUES, Cláudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. *Revista da Esmese,* n. 7, 2004.

MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. *Responsabilidade por conselhos:* recomendações ou informações. Coimbra: Almedina, 1989.

Superendividamento dos consumidores no pós-pandemia e a necessária atualização do Código de Defesa do Consumidor

Claudia Lima Marques[1]
Professora

Clarissa Costa de Lima[2]
Juíza de Direito no Estado do Rio Grande do Sul

Sophia Vial[3]
Assessora legislativa no Senado Federal

Sumário: Introdução. 1. O fenômeno do superendividamento dos consumidores; A) Prevenção do superendividamento: crédito responsável e combate ao assédio de consumo, B) Tratamento do superendividamento: o direito de recomeçar e a conciliação em bloco. 2. A atualização do CDC no PL 3515,2015 e os projetos emergenciais; A) Projeto de Lei 3515/2015 e suas normas; B) Projetos emergenciais: Projeto de Lei 1997,2020. Observações finais.

---

[1] Doutora em Direito (Universidade de Heidelberg), LL.M. (Tübigen) e Diploma de Estudos Europeus (Sarre, Alemanha). Ex-Presidente do Brasilcon, Líder do Grupo de Pesquisa CNPq 'Mercosul, Direito do Consumidor e Globalização", Pesquisadora 1 A do CNPq, Diretora do Centro de Estudos Europeus e Alemães, UFRGS-PUCRS-DAAD e Presidente do Comitê de Proteção Internacional dos Consumidores (ILA, Londres), Professora Titular da UFRGS. Professora Permanente do PPGD UFRGS.

[2] Doutora e Mestre em Direito Privado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Especialista em Direito do Consumidor pela Universidade de Coimbra e em Direito Europeu dos Contratos pela Universidade de Savoie, Diretora Adjunta da Revista de Direito do Consumidor. Ex-Presidente do Brasilcon.

[3] Doutora e Mestre em Direito Privado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Especialista em Direito Europeu dos Contratos pela Universidade de Savoie, Ex-Presidente dos Procons Brasil e ex-coordenadora do Procon Porto Alegre, Advogada, Assessora legislativa no Senado Federal do senador Rodrigo Cunha (AL).

Introdução

Podemos definir superendividamento "como a impossibilidade global do devedor-pessoa física, consumidor, leigo e de boa-fé, de pagar todas as suas dívidas atuais e futuras de consumo (excluídas as dívidas com o Fisco, oriunda de delitos e de alimentos)".[4]

É preciso estabelecer um sistema de tratamento do superendividamento para os consumidores pessoas físicas no Brasil[5] que não seja a simples exclusão da pessoa da sociedade.[6] O superendividamento da pessoa física é realmente a outra face da democratização do crédito, que incluiu fortemente os idosos.[7] Necessitamos, assim, para reequilibrar nosso mercado de consumo e crédito tanto de medidas legais para prevenir o superendividamento, como as existentes no Código de Defesa do Consumidor, como de novas medidas legais que permitam o seu tratamento,[8] com uma conciliação em bloco com todos os credores, como o previsto no projeto de Atualização do CDC (PLS 283/2012, hoje PL 3515,2015, tramitando na Câmara de Deputados, com pedido de urgência e já aprovado por unanimidade no Senado Federal).

Efetivamente, se o consumo das famílias representava 65% do PIB brasileiro em dezembro de 2019[9], agora com a pandemia de Covid-19 já baixou 2% e tende a baixar 4,9%.[10] Se agora temos um número recorde

---

[4] MARQUES, Claudia Lima. Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. In: MARQUES, Claudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.). Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito. São Paulo: Ed. RT, 2006. p. 255.

[5] BENJAMIN, Antônio H. Prefácio. *In:* MARQUES, Claudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli, LIMA, Clarissa Costa (coord.). *Direitos do Consumidor Endividado II:* vulnerabilidade e exclusão. São Paulo: Ed. RT, 2016, p. 9 e seg.

[6] BENJAMIN, Antonio Herman. Prefácio. *In:* LIMA, Clarissa Costa de. *O tratamento do superendividamento e o direito de recomeçar dos consumidores*. São Paulo: Ed. RT, 2014, p. 18. MARQUES, Claudia Lima. Mulheres, idosos e o superendividamento dos consumidores: cinco anos de dados empíricos do Projeto-Piloto em Porto Alegre. *Revista de Direito do Consumidor,* Brasília, DF, v. 100, n. 24, p. 393-423, 2015.

[7] (MARQUES, 2006, p. 256).

[8] MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman. Consumer over-indebtedness in Brazil and the need of a new consumer bankruptcy legislation. *In:* NIEMI, Johanna; RAMSAY, Iain; WHITFORD, William C. (ed.). *Consumer credit, debt and bankruptcy:* comparative and international perspective. Oxford: Hart Publishing, 2009, p. 71-73.

[9] Veja https://bit.ly/3if0MpZ (Acesso em: 17 jul. 2020).

[10] Veja https://bit.ly/3bIKfba (Acesso em: 16 jul. 2020).

de 67,1 % das famílias endividadas (PEIC),[11] e não há previsão de falência para as pessoas físicas, não é de estranhar que, segundo pesquisa de junho de 2020 da CNI, 71% dos consumidores e famílias reduziram seus gastos, sem confiança sobre o futuro...[12] A hora da aprovação do PL 3515,2015 parece ser esta. Vejamos o fenômeno do superendividamento dos consumidores em geral, o PL 3515/2015 de atualização do CDC, a que temos reservado muitos de nossos estudos e um dos projetos de moratória para os consumidores que tramita no Parlamento, o PL 1997/2020, gentilmente comentado por Sophia Vial.

1. O fenômeno do superendividamento dos consumidores

O fenômeno social, econômico e jurídico do superendividamento dos consumidores é mundial e foi agravado com a pandemia de Covid-19. O Banco Mundial adverte (*Report on the Treatment of the Insolvency of Natural Persons*)[13] que, para os países emergentes,[14] como o Brasil, os quais ainda não conhecem uma saída legal digna para as pessoas físicas endividadas,[15] a única solução de retomada é aprovarem um

---

[11] Veja https://bit.ly/3hf5vGN (Acesso em: 16 jun. 2020).

[12] Jornal *O Estado de S. Paulo*, https://bit.ly/2RbafCG (Acesso em: 16jul 2020).

[13] WORLD BANK. *Insolvency and creditor/debtor regimes:* task force/report on the treatment of the insolvency of natural persons. Washington, DC: World Bank, 2014. Disponível em: https://bit.ly/3bKjenC. Acesso em: 15 jul. 2020.

[14] MARQUES, Claudia Lima; LIMA, Clarissa Costa de. Notas sobre as conclusões do relatório do Banco Mundial sobre o tratamento do superendividamento e insolvência da pessoa física. *Revista de Direito do Consumidor,* Brasília, DF, v. 89, p. 453-457, 2013, p. 453: "Reconhecendo as implicações do superendividamento para a estabilidade financeira internacional, para o desenvolvimento econômico e acesso ao crédito, o Banco Mundial conduziu uma pesquisa preliminar em 59 países (25 países de alta renda e 34 países de baixa e média rendas) com objetivo de colher informações acerca da existência de legislação sobre o tratamento do superendividamento. Descobriu-se que mais da metade dos países com economias de baixa e média rendas ainda não tinham desenvolvido sistemas de insolvência para as pessoas físicas superendividadas".

[15] Assim o Relatório de dezembro de 2012 (doc. 77170), acessível in https://bit.ly/3bIkV56 (Acesso em: 15 jul. 2020), foi traduzido por Ardyllis Alves Soares e os resultados foram publicados em *Revista de Direito do Consumidor,* Brasília, DF, vol. 89, p. 435-450, 2013. (DTR\2013\9293): "Nas décadas recentes, legisladores têm lutado contra a multiplicidade de efeitos negativos causados por uma rápida e crescente maré de superendividamento entre pessoas físicas. [...] Como muitas pessoas se beneficiam com o acesso ao crédito tanto para o empreendedorismo como para o consumo, a urgência de lidar com as inevitáveis casualidades econômicas pressiona mais fortemente. O excessivo endividamento impõe sérios problemas econômicos, em termos de perda de produtividade de amplos segmentos da população sob o fardo do débito, que seiva a iniciativa dos indivíduos e debilita a capacidade produtiva deles. As tradicionais leis de insolvência sempre se demonstram inadequadas

uma legislação para combater o superendividamento, a qual permita aos consumidores pagarem as suas dívidas, com ou sem perdão das dívidas, após o plano de pagamento que preserve o mínimo existencial.[16]

No Brasil, esta "solução" que inclui dois capítulos novos no Código de Defesa do Consumidor (um de prevenção e outro de tratamento, com plano de pagamento conciliatório em bloco e plano compulsório para os que não conciliaram) é a prevista no Projeto de Lei 3515,2015, elaborado por uma Comissão de Juristas liderados pelo eminente Min. Antônio Herman Benjamin, e que foi aprovada por unanimidade no Senado Federal em 2012.[17]

A) Prevenção do superendividamento: crédito responsável e combate ao assédio de consumo

É preciso mudar da cultura da dívida e da exclusão dos consumidores, de ganhar com o crédito concedido de forma irresponsável a pessoas que sequer podem o pagar, de não entregar cópia do contrato, de publicidades enganosas, sobre crédito fácil e publicidades abusivas sobre o crédito com teóricos juros zero, para a cultura do pagamento, com melhor informação, com avaliação da possibilidade de pagamento dos consumidores e responsabilização dos intermediários e agentes bancários, com maior boa-fé e lealdade no mercado de crédito brasileiro.

O Anteprojeto da Comissão de Juristas do Senado Federal (depois PLS 283,2012 e hoje PL 3515,2015 da Câmara de Deputados) para a Atualização do Código de Defesa do Consumidor (CDC) introduziu no direito brasileiro a figura do combate ao "assédio de consumo", nominando

---

para tratar estes novos problemas… Os legisladores deveriam estar cientes das peculiaridades sociais, legais e econômicas que podem afetar o funcionamento de um regime para …pessoas físicas. Um dos principais objetivos deste relatório é elevar a consciência sobre a importância do desenvolvimento de um regime para o tratamento da insolvência de pessoas físicas".

[16] O Relatório do Banco Mundial não propõe um sistema em especial, mas afirma: "446. The most effective form of relief from debt is a straight discharge of debt. A straight discharge provides an immediate and unconditional "fresh start" for the debtor. However, most systems continue to reject the notion of a straight discharge, and, especially, the possibility to be freed from debt without a payment plan" (WORLD BANK, 2014, p. 142).

[17] Ainda não há depósito da versão do Plenário, mas veja a versão final do relatório, acessível em https://bit.ly/3haIm8d.

assim estratégias constrangedoras de marketing muito agressivas, que pressionam os consumidores e o marketing focado em grupos de pessoas ou visando (*targeting*) grupos de consumidores, muitas vezes os mais vulneráveis do mercado, como os idosos e aposentados em casos de créditos; as crianças; os analfabetos e alfabetos funcionais; pessoas com deficiências; doentes.[18]

O termo "assédio de consumo" foi utilizado pela Diretiva europeia sobre práticas comerciais abusivas e daí chegou ao Projeto de Atualização do CDC. A Diretiva europeia n. 2005/29/CE, em seu art. 8 utiliza como termo geral prática agressiva e inclui como espécies o assédio (*harassment*), a coerção (*coercion*), o uso de força física (*physical force*) e a influência indevida (*undue influence*).[19] A opção do legislador brasileiro foi de considerar o "assédio de consumo" como o gênero para todas as práticas comerciais agressivas, que limitam a liberdade de escolha do consumidor.

O CDC não usa a expressão "assédio de consumo", mas sim prevalecimento *"da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social"* (art. 39 IV) e aproveitamento "da deficiência de julgamento e experiência da criança" quanto à publicidade abusiva (art. 37, §2º). Note-se que a jurisprudência tem reconhecido que os idosos, que são os mais afetados por este novo assédio de consumo e ofertas a distância, por *telemarketing* ou mesmo em domicílio — na solidão de suas casas e de suas vidas, essas ofertas, acompanhadas de uma boa conversa com os vendedores (e assinaturas gratuitas para os filhos), são momentos agradáveis, que se transformam depois em grandes incômodos.[20] Nas ruas e em suas

---

[18] MARQUES, Claudia Lima. Estudo sobre a vulnerabilidade dos analfabetos na sociedade de consumo: o caso do crédito consignado a consumidores analfabetos. *In:* STOCO, Rui (org.). *Doutrinas essenciais:* dano moral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 2, p. 973-1023. (publicado originalmente em *Revista de Direito do Consumidor,* Brasília, DF, v. 95, p. 99-145, 2014).

[19] Veja meu estudo: MARQUES, Claudia Lima. Schutz der Schwächeren im Privatrecht: Eine Einführung. *In:* KUNZ, Lena; MESE, Vivianne Ferreira (org.). *Rechtssprache und Schwächerenschutz*. Heidelberg: Nomos, 2018. v. 1, p. 78 e seg.

[20] Assim ensina o *leading case:* "Recurso especial — Responsabilidade civil — Ação de indenização por danos materiais e morais — Assinaturas de revistas não solicitadas — Reiteração — Débito lançado indevidamente no cartão de crédito — Dano moral configurado — arts. 3º e 267, VI, do CPC — Ausência de prequestionamento — Súmulas STF/282 e 356 — *Quantum* indenizatório — Revisão obstada em face da proporcionalidade e razoabilidade. I — Para se presumir o dano moral pela simples comprovação do ato ilícito, esse ato deve ser objetivamente capaz de acarretar a dor, o sofrimento, a

casas são constantemente abordados e ofertas de crédito lhe são feitas (moldadas para eles, com crédito e reservas consignadas), muitas vezes chegam a assinar documentos em branco para estes "pastinhas e representantes bancários" especializados em contatar idosos e aposentados no interior do Brasil, e muitas vezes caem em superendividamento.

O consumidor é reconhecido como vulnerável por lei, por força do Art. 4, I do Código de Defesa do Consumidor, que tem origem em discriminação positiva constitucional, uma vez que a Constituição Federal (CF/1988) impõe ao Estado o dever de promover "a defesa do consumidor" na forma da lei (art. 5, XXXII da CF/1988).

A pergunta que colocamos é se existem consumidores "duplamente" vulneráveis ou consumidores mais "vulneráveis" ou com vulnerabilidade "agravada", dentro deste grupo de consumidores e, se existem estes subgrupos, como os proteger das práticas comerciais abusivas que focam nesse grupo, em verdadeiro "assédio de consumo"?

Como se afirmou,[21] a vulnerabilidade é um estado *a priori,* é o estado daquele que pode ter um ponto fraco, uma ferida (*vulnus*),[22] aquele que pode ser "ferido" (*vulnerare*) ou é vítima facilmente.[23] Realmente parece que entre os consumidores existem consumidores com vulnerabilidade agravada, seja pela idade (idosos e crianças), seja pela situação de superendividamento (superendividados); os analfabetos e analfabetos funcionais; pessoas com deficiência visual, auditiva e mental; doentes; que merecem do Direito uma proteção "qualificada" ou aumentada, tendo em vista a recente prática do mercado de

---

lesão aos sentimentos íntimos juridicamente protegidos. II – A reiteração de assinaturas de revistas não solicitadas é conduta considerada pelo Código de Defesa do Consumidor como prática abusiva (art. 39, III). Esse fato e os incômodos decorrentes das providências notoriamente dificultosas para o cancelamento significam sofrimento moral de monta, mormente em se tratando de pessoa de idade avançada, próxima dos 85 anos de idade à época dos fatos, circunstância que agrava o sofrimento moral" (BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1102787 PR 2008/0261020-0. 3ª Turma, rel. min. Sidnei Beneti, j. 16 mar. 2010. *Diário de Justiça,* Brasília, DF, 29 mar. 2010.).

[21] MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor.* 9. ed. São Paulo: ed. RT, 2019, p. 310 e seg.

[22] LACOUR, Clémence. *Vieillesse et vulnerabilité*. Marseilles: Presses Universitaires d`Aix Marseille, 2007, p. 28.

[23] Veja, por todos: FIECHTER-BOULVARD, Frédérique. La notion de vulnerabilité et sa consécration par le droit. In: COHET-CORDEY, Frédérique (org.). *Vulnerabilité et droit: le développement de la vulnerabilité et ses enjeux en droit*. Grenoble: Presses Universitaires de Grenoble, 2000. p. 16 e ss.

"assediar" com ofertas e intermediários especializados estes "subgrupos" de consumidores (a prática comercial abusiva denominado de "assédio de consumo"). O CDC neste tema não é suficiente, é preciso atualizar a regra, em especial quanto ao superendividamento.

Dentro do conceito de vulnerabilidade estão abarcados sujeitos cujas características próprias (sociais, biológicas e econômicas) conferem um nível ainda maior de 'fraqueza' (vulnerabilidade agravada) frente aos fornecedores.[24] Recentemente o Mercosul, com a nova Resolução GMC 36/19, fortemente influenciada pela atualização das Diretrizes da ONU (UNGCP 2015) e pelo Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor da Argentina, acatou tal princípio: "Princípio da Proteção especial de consumidores em situação de vulnerabilidade e desvantagem".

Na jurisprudência, a expressão 'hipervulnerabilidade', criada por Antônio Herman Benjamin para destacar a situação de vulnerabilidade agravada de alguns grupos de consumidores, doentes, crianças, idosos, dentre outros, acabou se consolidando:

> Ao Estado social importam não apenas os vulneráveis, mas sobretudo os *hipervulneráveis*. [...] Ser diferente ou minoria, por doença ou qualquer outra razão, não é ser menos consumidor, nem menos cidadão, tampouco merecer direitos de segunda classe ou proteção apenas retórica do legislador.[25]

Na literatura brasileira a expressão é muito aceita,[26] assim como na Argentina,[27] mas há críticas na literatura internacional,[28] a indicar

---

[24] Veja o editorial do livro da Rede Brasil-Alemanha, GSELL, Beate; MELLER-HANNICH, Caroline; LIMA MARQUES, Claudia; ARTZ, Markus; HARKE, Jan Dirk (ed.). *Wer ist der Verbraucher?* Verbraucherbegriffe, Verbraucherleitbilder und situative Differenzierungen im Verbraucherschutz. Baden-Baden: Nomos, 2018, p. 3.

[25] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 586.316-MG. 2ª Turma, rel. min. Antonio Herman Benjamin. j. 17 abr. 2007. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 19 mar. 2009.

[26] Veja, por todos, NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. DENSA, Roberta. A proteção dos consumidores hipervulneráveis: os portadores de deficiência, os idosos, as crianças e os adolescentes. *Revista de Direito do Consumidor*, Brasília, DF, v. 19, n. 76, p. 13-45, 2010, p. 13 e seg.

[27] BAROCELLI, Sergio S., Hacia la construcción de la categoría de consumidores hipervulnerables. *In:* BAROCELLI, Sergio S. (dir.). *Consumidores hipervulnerables*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ed. El Derecho, 2018, p. 9.

[28] Veja PAISANT, Gilles. *Défense et illustration du droit de la consommation*. Paris: Lexis-Nexis, 2015, p. 245: "Au Brésil, où le Code de 1990 reconnaît également, de manière expresse, la vulnerabilité

que a expressão necessita de maior reflexão acadêmica até ser introduzida no CDC.

De qualquer maneira, mesmo não mencionando a hipervulnerabilidade e preferindo a expressão vulnerabilidade agravada, é necessário identificar estas práticas de assédio[29] e proibir as suas práticas.[30] O tema tem relevância também internacional, não só na Diretiva europeia,[31] como agora na ONU (IGE-UNCTAD 2019). Cabe mencionar que, em 2015, na revisão das Diretrizes da ONU sobre Proteção dos Consumidores (UNGCP), a menção a consumidores "desavantajados" (consumidores pobres e de áreas rurais), existente desde 1985 foi complementada pela expressão *"vulnerables and disadvantages"* (Guideline 4, d).

Se todos os consumidores são vulneráveis, existem um grupo dentro do grupo que é duplamente vulnerável: como idosos-

---

du consommateur dans le marché, est apparu le concept de consommateur, hypervulnérable". Trouvant les éléments d´une base juridique à la fois dans la constitution fédérale de 1988 accordant une attention spéciale aux personnes em situation de fragilité ou de deficience particulière et dans le code de protection des consommateurs, ce concept est aujourd´hui reconnu par la doctrine et consacré par la jurisprudence du Tribuanl supérieur de justice. Il s´applique notamment aux enfants et adolescents ainsi qu´aux personnes âgées ou handicapées. Mais, tant au Pérou qu´au Brésil, cette catégorie particulière de consommateurs ne paraît pas bien définie avc précision...ce qui engendre une certaine insécurité juridique".

[29] Veja o art. 9º da Diretiva Europeia de 2005: "Artigo 9º – Utilização do assédio, da coacção e da influência indevida: A fim de determinar se uma prática comercial utiliza o assédio, a coacção — incluindo o recurso à força física — ou a influência indevida, são tomados em consideração os seguintes elementos: a) O momento e o local em que a prática é aplicada, sua natureza e persistência; b) O recurso à ameaça ou a linguagem ou comportamento injuriosos; c) O aproveitamento pelo profissional de qualquer infortúnio ou circunstância específica de uma gravidade tal que prejudique a capacidade de decisão do consumidor, de que o profissional tenha conhecimento, com o objetivo de influenciar a decisão do consumidor; d) Qualquer entrave extracontratual oneroso ou desproporcionado imposto pelo profissional, quando o consumidor pretenda exercer os seus direitos contratuais, incluindo o de resolver o contrato, ou o de trocar de produto ou de profissional; e) qualquer ameaça de intentar uma ação, quando tal não seja legalmente possível".

[30] Veja acordo entre a SENACON/MJ e o INSS para investigar práticas contra idosos: https://glo.bo/2ReKa5u.

[31] Veja MARQUES, Claudia Lima. 25 years to celebrate: Horizons of the 1990's Brazilian Protection Code and new horizons, especially on the protection of consumers. *In:* MARQUES, Claudia Lima; WEI, Dan (org.). *The future of international protection of consumers.* Porto Alegre: PPGD/UFRGS, 2016, p. 111-144. E o livro MARQUES, Claudia Lima; WEI, Dan (org.). *Consumer law and socioeconomic development:* national and international dimensions. Cham: Springer, 2017, p. 7 e seg. Também neste livro, veja DOLL, Johannes; CAVALAZZI, Rosângela. 'Withhoulding Credit' and Elderly Overindebtedness. *In:* MARQUES, Claudia Lima; WEI, Dan (org.). *Consumer law and socioeconomic development:* national and international dimensions. Cham: Springer, 2017. p. 421-446.

-consumidores[32], crianças-consumidores[33], pessoas com deficiência--consumidores[34], índios-consumidores[35] (mencionados na Constituição Federal)[36], analfabetos-consumidores[37], doentes-consumidores[38], superendividados-consumidores dentre outros[39].

---

[32] MARQUES, Claudia Lima. A vulnerabilidade dos analfabetos e dos idosos na sociedade de consumo brasileira: primeiros estudos sobre a figura do assédio de consumo. *In:* MARQUES, Claudia Lima; GSELL, Beate (org.). *Novas tendências do Direito do Consumidor:* Rede Alemanha-Brasil de pesquisas em Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 46 e seg.

[33] MARQUES, Claudia Lima. Criança e consumo: contribuição ao estudo da vulnerabilidade das crianças no mercado de consumo brasileiro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo,* São Paulo, v. 14, p. 101-129, 2018 e PASQUALOTTO, Adalberto. Children, consumption and advertising: Brazil´s point of view, in MARQUES, Claudia Lima; WEI, Dan (org.). *Consumer law and socioeconomic development:* national and international dimensions. Cham: Springer, 2017, p. 277-286.

[34] Veja NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; ARAUJO, Luiz Alberto David. O estatuto da pessoa com deficiência e a tutela do consumidor: novos direitos? *Revista de Direito do Consumidor,* São Paulo, v. 105, n. 25. p. 103-121, 2016.

[35] Apesar de não ser caso de consumo, a jurisprudência inclui os índios entre os hipervulneráveis: "No campo da proteção da saúde e dos índios, a legitimidade do Ministério Público para propor Ação Civil Pública é – e deve ser – a mais ampla possível, não derivando de fórmula matemática, em que, por critério quantitativo, se contam nos dedos as cabeças dos sujeitos especialmente tutelados. Nesse domínio, a justificativa para a vasta e generosa legitimação do Parquet é qualitativa, pois leva em consideração a natureza indisponível dos bens jurídicos salvaguardados e o status de hipervulnerabilidade dos sujeitos tutelados, consoante o disposto no art. 129, V, da Constituição, e no art. 6º da Lei Complementar 5/1993. No campo da proteção da saúde e dos índios, a legitimidade do Ministério Público para propor Ação Civil Pública é — e deve ser — a mais ampla possível, não derivando de fórmula matemática, em que, por critério quantitativo, se contam nos dedos as cabeças dos sujeitos especialmente tutelados. Nesse domínio, a justificativa para a vasta e generosa legitimação do Parquet é qualitativa, pois leva em consideração a natureza indisponível dos bens jurídicos salvaguardados e o status de hipervulnerabilidade dos sujeitos tutelados, consoante o disposto no art. 129, V, da Constituição, e no art. 6º da Lei Complementar 75/1993". BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial 1.064.009/SC. 2ª Turma, rel. ministro Herman Benjamin, 4 ago. 2009. Diário de Justiça, Brasília, DF, 27 abr. 2011.

[36] NYSHIANA, Adolfo; DENSA, Roberta. A proteção dos consumidores hipervulneráveis: os portadores de deficiência, os idosos, as crianças e os adolescentes. *Revista de Direito do Consumidor*, Brasília, DF, v. 76. n. 19. p. 13-45, 2010.

[37] MARQUES, Claudia Lima. Estudo sobre a vulnerabilidade dos analfabetos na sociedade de consumo: o caso do crédito consignado a consumidores analfabetos. *In:* STOCO, Rui. (org.). *Doutrinas essenciais: dano moral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 2, p. 973-1023 (publicado originalmente em *Revista de Direito do Consumidor,* Brasília, DF, v. 95, p. 99-145, 2014).

[38] Assim a jurisprudência do STJ, veja leading case BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 586.316/MG. 2ª Turma, rel. ministro Herman Benjamin, j. 17 abr. 2007. Diário de Justiça, Brasília, DF, 19 mar. 2009, até casos atuais, BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial 1.515.895/MS. Corte Especial, rel. ministro Humberto Martins, j. 20 set. 2017. *Diário de Justiça,* Brasília, DF, 27 set. 2017; e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial 1762674/MS. 3ª Turma, rel. ministra Nancy Andrighi, j. 27 maio 2019. *Diário de Justiça,* Brasília, DF, 29 maio 2019.

[39] MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 131.

B) Os dois modelos de tratamento do superendividamento: o direito de recomeçar e a conciliação em bloco

As soluções aprovadas para o tratamento do superendividamento passam por dois modelos clássicos[40].

O primeiro modelo denominado de *fresh start* é adotado por países de tradição *common law* (Estados Unidos, Inglaterra, Canadá e Austrália). A expressão *fresh start* significa "começo imediato" porque permite ao consumidor com problemas financeiros a chance de começar uma nova etapa em sua vida sem o peso das dívidas pretéritas. O objetivo principal do sistema americano tem sido conceder ao devedor honesto o perdão imediato das dívidas remanescentes após a liquidação do patrimônio disponível para o seu pagamento.

O segundo modelo de tratamento, adotado pelos países europeus, identifica-se mais com a filosofia dos planos de pagamento ou da reeducação pela responsabilização dos devedores pelas obrigações assumidas. Na prática, em vez do perdão das dívidas ou da quitação direta com a liquidação dos bens, os devedores são obrigados a reembolsá-las por meio de um plano de pagamento que pode durar até 10 (dez) anos.

Na atualidade, os modelos clássicos acabaram convergindo e não é raro encontrar regulações nas quais convivem planos globais de pagamento aos credores, acordados judicialmente ou extrajudicialmente, com uma segunda fase de liquidação do patrimônio nos casos em que o plano é inviável ou não foi cumprido.

Significativas diferenças continuam existindo nos sistemas europeu e americano em termos de critérios de acesso, moldura institucional, condições para o perdão das dívidas e quanto ao financiamento do sistema[41].

O procedimento proposto no PL 3515/15 tem forte inspiração no modelo francês, que tinha como objetivo principal a luta contra a

---

[40] Leia mais sobre o direito de recomeçar em distintos modelos de tratamento do superendividamento na obra "O tratamento do Superendividamento e o Direito de Recomeçar dos Consumidores".

[41] Veja o estudo comparativo das políticas públicas envolvendo a insolvência pessoal em distintos países na obra RAMSAY, Iain. *Personal insolvency in the 21st century:* a comparative analysis on the US and Europe. London: Hart Publishing, 2017.

pobreza e a exclusão social e como fundamento ideias de solidarismo social em relação aos mais vulneráveis.

A superveniência da pandemia mostrou a imprescindibilidade de combater a exclusão social causada pelo superendividamento, incorporando este novo "direito social" ao tratamento global das dívidas no Código de Defesa do Consumidor Brasileiro em reforço à sua dimensão ético-inclusiva e solidarista[42].

O que se fez nos projetos-pilotos foi um procedimento conciliatório com base na boa-fé de tratamento do superendividamento, proposto com inspiração no modelo francês, mas com relevantes adaptações à realidade brasileira. A atualização do CDC e outros projetos emergenciais, à semelhança da lei alemã de 27 de março de 2020, propondo moratórias, seriam a saída para os consumidores superendividados. Vejamos estes projetos.

2. A atualização do CDC no PL 3515/2015 e os projetos emergenciais

A atualização do CDC brasileiro, através da sugestão da Comissão de Juristas no Senado Federal no PLS 283/2012, agora renumerado em PL 3515/2015, depois da aprovação unânime no Senado Federal. Vejamos este projeto e os demais projetos emergenciais.

[42] Veja o *Relatório de atualização do Código de Defesa do Consumidor* apresentado pela Comissão de Juristas, na página 22: "O CDC foi o Código pioneiro ao consolidar as linhas de Direito Civil Constitucional de proteção do mais fraco no Brasil, quando vigorava ainda o Código Civil de 1916. Hoje, enquanto o Código Civil de 2002 é guiado pela "diretriz da socialidade", o CDC, que é de origem constitucional, que consolida direito fundamental de proteção positiva do Estado (art. 5, XXXI, da CF/1988 interpretado pelo ADI 2591), que é composto somente por normas de ordem pública e interesse social (Art. 1 do CDC), não pode deixar de reforçar esta sua diretriz constitucional. A diretriz constitucional-protetiva do CDC impõe que esta alteração concentre-se em temas novos, inclua (e não reduza) direitos do consumidor já garantidos nos primeiros 20 anos de vigência do CDC, preserve e expanda os princípios já existentes no CDC (ART. 4, 5, 6, e 7 do CDC), em especial destacando a vulnerabilidade do consumidor superendividado e do consumo à distância, nacional e internacional, consolidando ainda mais o princípio da boa-fé objetiva e da transparência das contratações de crédito, e vendas a prazo e de leasing, reforçando as informações obrigatórias, o dever de entrega do contrato, de cooperação e cuidado na concessão responsável do crédito, da boa-fé, lealdade, informação, cuidado e cooperação na contratação a distância, e a realização da função social dos contratos de consumo, principalmente os massificados, de adesão e os interdependentes, ligados ou conexos, que envolvam concessão de crédito aos consumidores, protegendo assim a liberdade do consumidor no mercado brasileiro de consumo, suas opções e seu acesso aos bens e serviços, assim como à Justiça".

A) Projeto de Lei 3515/2015: prevenção e tratamento do superendividamento

O PL 3515/2015 de atualização do CDC traz um novo paradigma, de crédito responsável, na parte de prevenção e conciliação em bloco, na parte do tratamento, fortemente inspirado no modelo francês. O PL 3515/2015 é fruto de uma Comissão de Juristas, lideradas pelo eminente Ministro Antônio Herman Benjamin, que procurou nas lições do direito comparado atualizar o CDC para o século XXI, especialmente face à vitória dos consumidores na ADI 2591, no Supremo Tribunal Federal.

O Projeto de Lei 3515/2015 atualiza o Código de Defesa do Consumidor em seus 30 anos, introduzindo – a exemplo do Código do Consumo da França – dois capítulos novos sobre o tema da prevenção e do tratamento do superendividamento dos consumidores pessoas físicas. Na parte sobre prevenção, o PL 3515/2015 inaugura a práticas de crédito responsável e combate de assédio ao consumo de idosos e analfabetos existentes em outras sociedades democratizadas de crédito. Destaque-se desta parte, a contribuição do PL 3515/2015 em relação à proteção dos idosos.

Segundo especialistas, se o século XX foi o século do crescimento populacional, o século XXI será o século do envelhecimento populacional.[43] Ana Amélia Camarano e Solange Kanso destacam que o processo de envelhecimento da população brasileira é um dos mais rápidos do mundo e significa forte desafio às políticas públicas, ciências da saúde e ao direito em geral.[44] Se em 1940, a população idosa representava 4,1% do total da população brasileira, na década de 1970 e 1980 cresceu esta faixa em 4,3% ao ano e, hoje, praticamente triplicou, representando 11% da população, ou seja, quase 20 milhões de pessoas.[45] Segundo a ouvidoria

---

[43] FREITAS, Elizabeth V. *et al. Tratado de geriatria e gerontologia*. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2011. p. 58.

[44] CAMARANO, Ana Amélia; KANSO, Solange. Envelhecimento da população brasileira: uma contribuição demográfica. In: FREITAS, Elizabeth V. *et al. Tratado de geriatria e gerontologia*. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2011. p. 58 e ss.

[45] Ibidem, p. 58-59. Veja, sobre o reflexo desta população idoso no consumo, a tese de doutorado de: SCHMITT, Cristiano H. A hipervulnerabilidade do idoso no âmbito do direito fundamental de proteção ao consumidor. 2012. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012.

do INSS a concessão de crédito consignado foi motivo de mais de 25% das reclamações dos cidadãos brasileiros no órgão[46]. Com isso o INSS mudou a regra do crédito consignado, e criou a Instrução Normativa n. 100, determinando que os benefícios concedidos, a partir de 30 de março de 2019, ficarão bloqueados por 90 dias para a realização de empréstimos consignados.

A norma do INSS também proíbe bancos e financeiras de fazerem oferta, proposta ou publicidade para convencer os segurados do INSS a celebrarem contratos de empréstimos consignados, antes do transcurso de 180 dias (6 meses) da concessão do benefício.[47] E acordos administrativos, como o realizado entre a Senacon e o INSS para exame das práticas comerciais abusivas. Note-se também que o consignado não pode ser denunciado pelo consumidor e sequer sua morte o quita, passando para o espólio e os herdeiros, segundo jurisprudência nova do STJ.[48]

---

[46] Ouvidoria-Geral da Previdência Privada, Relatório de Atividades — Exercício 2013. p. 29: de 80.154 reclamações na ouvidoria, 27.656 foram cadastradas como "reclamação — atendimento bancário — empréstimo consignado' (14,5%) e 13.113 como "reclamação por atendimento bancário — segurado não autorizou e tem desconto" totalizando 25,3%. Disponível em: https://bit.ly/3bKCRvP.

[47] Jornal *Correio do Povo*, Porto Alegre, 3 de abril de 2019, p. 6. "INSS muda regra do consignado".

[48] O leading case é: "Recurso especial. Direito civil. Embargos à execução. Negativa de prestação jurisdicional. Afastada. Contrato de crédito consignado em folha de pagamento. Falecimento da consignante. Extinção da dívida. Ausência de previsão legal. Art. 16 da LEI 1.046/50. Revogação tácita. Impenhorabilidade do bem de família. Súmula 7/STJ. Majoração de honorários advocatícios. 1. Embargos à execução opostos em 02/10/13. Recurso especial interposto em 25/01/18 e concluso ao gabinete em 20/07/18. 2. O propósito recursal é dizer sobre a extinção da dívida decorrente de contrato de crédito consignado em folha de pagamento, em virtude do falecimento da consignante. 3. Devidamente analisadas e discutidas as questões de mérito, e fundamentado corretamente o acórdão recorrido, de modo a esgotar a prestação jurisdicional, não há que se falar em violação do art. 489, §1º, IV, do CPC.4. Pelo princípio da continuidade, inserto no art. 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, excetuadas as hipóteses legalmente admitidas, a lei tem caráter permanente, vigendo até que outra a revogue. E, nos termos do § 1º do referido dispositivo, a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare (revogação expressa), quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior (revogação tácita). 5. A leitura dos arts. 3º e 4º da Lei 1.046/50 evidencia que se trata de legislação sobre consignação em folha de pagamento voltada aos servidores públicos civis e militares. 6. Diferentemente da Lei 1.046/50, a Lei 10.820/03 regula a consignação em folha de pagamento dos empregados regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho — CLT e dos titulares de benefícios de aposentadoria e pensão do Regime Geral de Previdência Social. 7. Segundo a jurisprudência do STJ, houve a ab-rogação tácita ou indireta da Lei 1.046/50 pela Lei 8.112/90, pois esta tratou, inteiramente, da matéria contida naquela, afastando, em consequência, a sua vigência no ordenamento jurídico. 8. Malgrado a condição da consignante — se servidora pública estatutária ou empregada celetista; se ativa ou inativa – não tenha sido considerada no julgamento dos embargos à execução opostos pelos recorrentes, tal fato não impede o julgamento deste recurso especial, porquanto, sob qualquer ângulo que se analise a controvérsia, a conclusão é uma só: o art. 16 da Lei 1.046/50,

O Relatório-Geral da Atualização do CDC já previa:

> A doutrina alerta que as pessoas idosas no Brasil têm reduzida educação financeira,[49] ainda mais nos contextos populares, e a vulnerabilidade desse grupo pode ser um fator a levar ao superendividamento.[50] Conforme informa a manifestação do Núcleo de Estudos Interdisciplinares sobre o Envelhecimento e da Faculdade de Educação da UFRGS, há que se considerar os analfabetos funcionais, com extrema dificuldade para compreender textos complexos ou longos contratos, que seriam em torno de 2/3 da população com mais de 60 anos no Brasil. Esta observação foi comprovada na pesquisa "Idosos no Brasil", de 2006, do IPEA. Segundo estes dados de 2006, 23% dos idosos seriam totalmente analfabetos, e dos restantes 77% dos que sabem ler, mais de 26% consideram ler uma atividade extremamente difícil, significando quase a metade da população idosa tem dificuldades ou mesmo não tem condições de ler um contrato bancário, considerando a alta concentração de analfabetos e analfabetos funcionais neste grupo da população.[51]

---

que previa a extinção da dívida em virtude do falecimento do consignante, não está mais em vigor, e seu texto não foi reproduzido na legislação vigente sobre o tema. 9. No particular, a morte da consignante não extingue a dívida por ela contraída mediante consignação em folha, mas implica o pagamento por seu espólio ou, se já realizada a partilha, por seus herdeiros, sempre nos limites da herança transmitida (art. 1.997 do CC/02). 10. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, não provido, com majoração de honorários advocatícios recursais. (BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1753135/RS. 3ª Turma, rel. ministra Nancy Andrighi, j. 13 nov. 2018. Diário de Justiça, Brasília, DF, 22 nov. 2018).

[49] DOLL, Johannes. Elderly consumer weakness in 'withholding credit'. *In:* NIEMI, Joana; RAMSAY, Iain; WHITFORD, William C. (ed.). *Consumer credit, debt and bankruptcy:* comparative and international perspective. Oxford: Hart Publishing, 2009, p. 289 e seg.

[50] Segundo as conclusões da tese de doutorado, BUAES, Caroline Stumpf. *Sobre a construção de conhecimentos:* uma experiência de educação financeira com mulheres idosas em um contexto popular. 2011. Tese (Doutorado em Educação) — Faculdade de Educação, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011, os fatores da maior vulnerabilidade dos idosos nos contratos de crédito seriam: "a fragilidade frente às perdas próprias do envelhecimento que são provocadas pelo declínio físico e cognitivo; a condição de pouca escolaridade que inviabiliza a compreensão das normas e contratos dos empréstimos; a tendência de consumir por impulso tendo em vista o uso de cartões de crédito, a facilidade de contratação de crédito consignado, a publicidade agressiva, as estratégias de *marketing* questionáveis e as pressões familiares.

[51] BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima. *Relatório-geral da comissão de juristas:* atualização do Código de Defesa do Consumidor. Brasília, DF: Senado Federal, 2012. p. 53-54.

E ainda que muitos idosos (e mulheres) são arrimo de família:

> Sobre os idosos, mister alertar que o perfil do idoso brasileiro mudou.[52] Informa o Observatório do Crédito e Superendividamento da UFRGS, que segundo o IBGE, 62.4% de idosos no Brasil são considerados responsáveis por uma família e que 20% do total de lares brasileiros têm uma pessoa idosa como o principal arrimo de família.[53] […] A vulnerabilidade agravada dos consumidores idosos parece incontestável no Brasil […].[54]

Como ensina Bruno Miragem, a

> vulnerabilidade do idoso como consumidor, de sua vez, é demonstrada a partir de dois aspectos principais: (a) a diminuição ou perda de determinadas aptidões físicas ou intelectuais que o torna mais suscetível e débil em relação à atuação negocial dos fornecedores; (b) a necessidade e atividade em relação a determinados produtos ou serviços no mercado de consumo, que o coloca numa relação de dependência em relação aos seus fornecedores.[55]

No Brasil de hoje, onde a democratização e massificação do crédito ao consumidor, em especial o crédito consignado, tem como alvo principal o grupo de idosos, muitos analfabetos ou analfabetos funcionais[56], tem-se que a adaptação desta regra europeia para o caso

---

[52] Veja CAMARANO, Ana Amélia. Envelhecimento da população brasileira: uma contribuição demográfica. *In:* FREITAS, Elizabete Viana *et al*. *Tratado de geriatria e gerontologia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2006, p. 88 e seg.

[53] INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Pesquisa de Orçamentos Familiares 2008 – 2009: despesas, rendimentos e condições de vida. *IBGE,* Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: https://bit.ly/3ihjixI. Acesso: 16 mar. 2011.

[54] BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima. *Relatório-geral da comissão de juristas:* atualização do Código de Defesa do Consumidor. Brasília, DF: Senado Federal, 2012, p. 54.

[55] MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor.* 7. ed. São Paulo: Ed. RT. p. 103 e ss.

[56] Ver mais em MARQUES, Claudia Lima. Estudo sobre a vulnerabilidade dos analfabetos na sociedade de consumo: o caso do crédito consignado a consumidores analfabetos. *Revista Direito do Consumidor,* Brasília, DF, v. 95, p. 99-145, 2014.

brasileiro é um bom exemplo de reconhecimento de uma vulnerabilidade especial dos idosos e analfabetos, que agora ganha destaque no futuro ordenamento jurídico.

O segundo capítulo novo que o PL 3515/2015 incluiria no CDC é sobre o tratamento do superendividamento dos consumidores pessoas físicas. Com base no modelo francês, o processo é bifásico, adaptado à cultura brasileira, o PL 3515/2015 em sua primeira fase prevê uma conciliação em bloco. Prevê assim pela primeira vez no Brasil, um procedimento que permite a recuperação dos consumidores e a sua reinclusão no mercado de consumo mediante a conciliação e a estruturação de um plano de pagamento em bloco das dívidas com todos os credores. Vejamos a aproximação deste modelo francês e o previsto no PL 3515/2015, em 3 pontos: o acesso dos consumidores de boa-fé ao procedimento; a fase conciliatória e a fase judicial, para os credores remanescentes.

1) Condições de abertura do procedimento: acesso restrito aos consumidores de boa-fé

Poderão se beneficiar das normas atinentes à prevenção e tratamento do superendividamento, os consumidores que se encontrarem em situação de superendividamento entendida como a "impossibilidade manifesta de o consumidor, pessoa natural, de boa-fé, pagar a totalidade de suas dívidas de consumo, exigíveis e vincendas, sem comprometer seu mínimo existencial" (art. 54 – A, parágrafo 1)

A definição tem clara inspiração na Lei Neiertz ao referir que "a situação de superendividamento está caracterizada pela impossibilidade manifesta para o devedor, de boa-fé de enfrentar o conjunto de suas dívidas não profissionais exigíveis e a vencer".

Da leitura se extrai que somente a pessoa física que adquiriu produtos e serviços para o seu consumo é que poderá se beneficiar do procedimento de tratamento do superendividamento. Dívidas oriundas da atividade profissional ficam excluídas do procedimento. Da mesma forma, ficam excluídas as pessoas jurídicas, os comerciantes, artesãos, agricultores e profissionais liberais porque todos já estão albergados por procedimento específico de recuperação de empresas.

O devedor deve estar de boa-fé, requisito que se presume, mas que pode ser afastado se os credores lograrem comprovar a má-fé do devedor que pretende se beneficiar do procedimento.

Neste aspecto, interessante notar que a doutrina francesa discute sobre o momento em que a boa-fé deve ser considerada, distinguindo-a entre contratual e processual.

A boa-fé contratual se refere ao momento do endividamento, deve levar em conta o comportamento contratual do devedor anteriormente ao procedimento de falência, ou seja, no momento em que o crédito foi contratado.

A boa-fé processual é analisada com base no comportamento do devedor no momento em que requer o tratamento do superendividamento. Nesse sentido, a lei francesa sanciona com a exclusão do procedimento os devedores que prestaram falsas declarações, juntaram documentos inexatos, ocultaram ou desviaram bens dos credores ou agravaram o seu endividamento subscrevendo novos empréstimos.

A leitura do parágrafo 3º do art. 54-A do PL 3515/15 permite concluir que o legislador brasileiro refere-se à boa-fé contratual ao dispor que “não se aplica ao disposto neste capítulo ao consumidor cujas dívidas tenham sido contraídas mediante fraude ou má-fé ou sejam oriundas de contratos celebrados dolosamente com o propósito de não realizar o pagamento”.

Não haverá maiores dificuldades na apreciação da boa-fé contratual em relação aos superendividados passivos, ou seja, aqueles que sofreram o que os franceses denominam de “acidentes da vida” como o desemprego, divórcio, entre outros eventos imprevistos. Quanto a estes, não haverá necessidade de maiores investigações acerca de sua conduta.

No caso dos superendividados ativos, que acabaram gastando além da sua capacidade de reembolso, teremos que distinguir a situação daqueles que a doutrina denomina como “inconscientes” — cujo endividamento decorreu da dificuldade de calcular o impacto da dívida na sua renda ou que foram vítimas de uma espiral de endividamento num contexto de estímulo ao consumo — daqueles “conscientes” que tiveram a intenção de não pagar o crédito no futuro.

A interpretação conjunta do parágrafo 1º e 3º do art. 54-A do PL 3515/15 deixa clara a intenção de excluir do procedimento apenas os

superendividados ativos inconscientes, ou seja, aqueles que agiram de má-fé.

Assim como nos modelos de direito comparado, o PL 3515 não fixou um valor para a caracterização do superendividamento, o que seria inviável diante da multiplicidade de situações que envolvem o tema. A opção pela referência à "impossibilidade manifesta", tal como acontece na legislação francesa, permitirá uma avaliação casuística, levando-se em conta o conjunto de recursos disponíveis do superendividado (bens e renda) para o pagamento das dívidas e o comprometimento de seu mínimo existencial.

2) Fase conciliatória com ênfase nos planos de pagamento

O PL 3515 adotou o modelo bifásico de tratamento do superendividamento com a primeira fase obrigatória de conciliação, que pode acontecer dentro ou fora do Poder Judiciário e uma segunda fase judicial, com nítida inspiração no modelo francês.

Na França, o procedimento inicia-se sempre perante a Comissão Administrativa de Superendividamento[57] que avalia se está caracterizada a situação de superendividamento e, em caso positivo, tenta conciliar as partes, propondo um plano de renegociação das dívidas não profissionais.

Da mesma forma, o procedimento previsto no PL 3515 inicia pela fase de conciliação das dívidas que pode ser realizada extrajudicialmente pelos órgãos integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (Procons, Defensorias Públicas e Ministério Público)[58] ou no Poder Judiciário.

---

[57] Comissão de Superendividamento é composta por dez membros: um representante do Estado no departamento, o responsável departamental da Direção-Geral de finanças públicas, o representante local do Banco da França, duas personalidades locais escolhidas pelo representante de Estado no departamento mediante uma lista com quatro nomes proposta à Associação Francesa dos Estabelecimentos de Crédito e às Associações Familiares ou de Consumidores, duas personalidades escolhidas pelo representante de Estado no departamento com experiência no domínio da educação social, no domínio jurídico e seus suplentes.

[58] Art. 104-C do PL 3515/15 dispõe que "compete concorrentemente aos órgãos públicos integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor a fase conciliatória e preventiva do processo de repactuação de dívidas, nos moldes do art. 104-A, no que couber. Parágrafo 1º Em caso de conciliação

A fase conciliatória depende de requerimento do devedor e ocorre somente com a presença de todos os credores, na forma do *caput* do art. 104-A:

> A requerimento do consumidor superendividado pessoa natural, o juiz poderá instaurar processo de repactuação de dívidas, visando à realização de audiência conciliatória, presidida por ele ou por conciliador credenciado no juízo, com a presença de todos os credores, em que o consumidor apresentará proposta de plano de pagamento com o prazo máximo de 5 (cinco) anos, preservado o mínimo existencial, nos termos da regulamentação, e as garantias e as formas de pagamento originalmente pactuadas.

Do dispositivo supracitado se extrai que haverá uma audiência/ sessão de conciliação em bloco entre o devedor e o conjunto de seus credores. O plano de pagamento será construído com a participação de todos os envolvidos.

Segundo Karen Bertoncello,

> o ponto alto dessa audiência é justamente a possibilidade de coleta simultânea e/ou sucessiva das propostas na mesma sessão, permitindo que o consumidor superendividado possa escolher, se for o caso, a ordem dos pagamentos, conforme critérios pessoais de capacidade de reembolso ou, até mesmo, da natureza da dívida. Com isso, o conciliador exercerá o papel determinante na renegociação das dívidas e respectivo resgate da saúde financeira do superendividado, na medida em que facilitará essa aproximação com os credores e, acima de tudo, será o veículo pacificador e redutor

administrativa para prevenir o superendividamento do consumidor pessoa natural, os órgãos públicos poderão promover, nas reclamações individuais, audiência global de conciliação com todos os credores e, em todos os casos, facilitar a elaboração de plano de pagamento, preservando o mínimo existencial, nos termos da regulamentação, sob a supervisão desses órgãos, sem prejuízo das demais atividades de reeducação financeira cabíveis".

> da frequente confusão mental que o devedor se encontra quando acometido da condição de superendividado.[59]

Somente uma conciliação global, envolvendo todos os credores, assegurará que mais credores sejam pagos, ainda que parcialmente, impedindo que a iniciativa isolada de um credor oportunista se aproveite de toda a renda disponível do superendividado, deixando-o sem condições de pagar o restante dos credores.

A conciliação em bloco também tem a vantagem de assegurar a reserva do mínimo existencial para o superendividado que deve manter parte da renda para o pagamento de suas despesas de subsistência. A noção do mínimo existencial criada na França está relacionada à dignidade da pessoa humana. Trata-se da quantia capaz de assegurar a manutenção das despesas de sobrevivência, tais como, água, alimentação, luz, aluguel, transporte, educação, entre outras.

A preservação do mínimo existencial é o ponto nodal para uma conciliação bem-sucedida. Há que se ter muita cautela para não comprometer excessivamente a renda do consumidor no acordo; do contrário, o plano de pagamento está fadado ao descumprimento. O texto legal não traz uma fórmula para o cálculo do mínimo existencial de modo que, enquanto não regulamentado, caberá ao conciliador a avaliação do percentual da renda do devedor que deverá ser reservado para a despesa de subsistência.

A experiência francesa mostrou que a questão mais difícil para a Comissão de Superendividamento era decidir quanto reservar da renda do devedor para o seu sustento e de sua família durante o período do acordo. Apesar do consenso de que a totalidade da renda do devedor não pode ser destinada ao pagamento das dívidas, sob pena de comprometer a sua sobrevivência, a questão-chave é quanto ou qual o percentual da renda do devedor é necessário reservar para o pagamento das suas despesas de subsistência[60].

---

[59] BERTONCELLO, Karen D. *Superendividamento do consumidor:* mínimo existencial, casos concretos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 122.

[60] Na primeira década de aplicação da lei, a Comissão tinha liberdade de decidir quanto ao valor que ficaria reservado ao sustento do devedor, mas costumava deixar apenas um mínimo de recurso, o

No que se refere ao conteúdo do acordo, o parágrafo 4º do art. 104-A estabelece que poderão constar no plano de pagamento:

I – medidas de dilação dos prazos de pagamento e de redução dos encargos da dívida ou da remuneração do fornecedor, entre outras destinadas a facilitar o pagamento das dívidas;

II – referência à suspensão ou extinção das ações judiciais em curso;

III – data a partir da qual será providenciada a exclusão do consumidor de bancos de dados e cadastros de inadimplentes;

IV – condicionamento de seus efeitos à abstenção, pelo consumidor, de condutas que importem o agravamento de sua situação de superendividamento.

Logo, independentemente do valor das dívidas ou do grau de endividamento do consumidor, as medidas que serão acordadas poderão contemplar desde um parcelamento maior para o pagamento até moratórias, podendo chegar à redução da remuneração do credor.

---

que acabava prejudicando o reembolso das dívidas conforme o previsto no acordo. Kilborn relata que a Comissão propunha planos que deixavam aos devedores somente 2.300 dólares anuais por pessoa para a satisfação das despesas do lar e frequentemente eles não conseguiam pagar as suas despesas de subsistência. Estudo verificou que em 58,5% dos planos assinados, em 1992 e 1993, os devedores ficaram com somente 180 a 360 dólares por mês para a sua subsistência. Em outra pesquisa mais ampla realizada em 2001, pelo Banco da França, verificou-se que o *reste a vivre* nas Comissões mais generosas girava em torno de 500 dólares por mês para um devedor solteiro, 700 dólares por mês para casais sem filhos e 1.000 dólares por mês para casais com dois filhos. As Comissões menos generosas apertavam ainda mais o orçamento reduzindo esses valores para 300 dólares mensais para devedores solteiros, menos de 500 dólares mensais para casais e em torno de 800 dólares mensais para casais com dois filhos. Para remediar essa situação, a lei de 29.07.1998, sobre a exclusão social, introduziu o conceito de *reste a vivre* (RAV), definindo-o como "uma parte dos recursos necessários para as despesas correntes do lar" (art. L. 331-2 do Código do Consumo). Doravante, a Comissão, ao elaborar um plano de pagamento consensual ou recomendar medidas ao juiz, terá que reservar ao devedor uma quantia para o pagamento das despesas do lar como eletricidade, gás, água, alimentação e escolaridade, conforme os limites previstos por decreto. Após ouvir os especialistas na área da assistência social e economia familiar, a Comissão fixa o valor correspondente aos recursos necessários à subsistência do devedor que pode variar de acordo como o número de integrantes da família e conforme o custo de vida da província onde instalada a Comissão. De todo modo, esse valor não pode ser inferior ao *revenu minimum d'insertion* (RMI) e o montante dos reembolsos impostos ao devedor não pode ultrapassar a parte impenhorável de seu salário. Resulta que o valor fixado para o *reste a vivre* ficará compreendido entre o RMI e a parte impenhorável do salário fixada pelo art. L. 145-2 do Código do Trabalho". KILBORN, Jason. Comparative consumer bankruptcy. *SSRN*, [s. l.], 2007. Disponível em: https://bit.ly/3bUoiWZ. Acesso em: 15 jul. 2020.

Embora os credores sejam mais resistentes em relação a medidas mais generosas, nada impede que concedam o perdão da dívida.

Adotou-se o prazo máximo de 5 anos para o plano de pagamento, por se entender que prazos de 10 anos como o previsto na legislação francesa tendem a ser descumpridos porque oneram o orçamento do consumidor por muito tempo além de incorrer no risco de descumprimento por eventos supervenientes (desemprego, separação, problemas de saúde).

A ênfase na conciliação reforça a cultura da cooperação e do pagamento das dívidas, o que tem apresentado bons resultados na prática das conciliações realizadas nas Defensorias Públicas, Procons, assim como no Judiciário, a exemplo do TJRS, TJPR, TJBA, TJPE, TJSP, TJDFT.[61]

As iniciativas citadas demonstram que é salutar a incorporação de uma fase conciliatória no tratamento do superendividamento e que os resultados só não são melhores porque os credores não estão obrigados a comparecer, sua ausência não acarreta nenhuma consequência legal.

No PL 3515, a conciliação será obrigatória e a sanção de suspensão da exigibilidade do débito e a interrupção dos encargos da mora (parágrafo 2º do art. 104-A), incentivará os credores a comparecer nas audiências com propostas de renegociação mais adequadas ao orçamento do devedor a fim de ajustar um plano de pagamento consensual, evitando a fase judicial na qual teria que se submeter a um plano de pagamento imposto pelo juiz.

3) Fase judicial com ênfase nos planos de pagamento

O processo de superendividamento para revisão e integração dos contratos se instaura somente em relação aos credores que não conciliaram na primeira fase e depende de pedido do devedor. Veja-se o disposto no art. 104-B:

---

[61] Ver: MARQUES, Claudia Lima. Conciliação em matéria de superendividamento dos consumidores. Principais resultados de um estudo empírico de 5 anos em Porto Alegre. *In:* MARQUES, Claudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli; LIMA, Clarissa Costa de (org.). *Direitos do Consumidor endividado II:* vulnerabilidade e inclusão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 264-290.

> Inexitosa a conciliação em relação a quaisquer credores, o juiz, a pedido do consumidor, instaurará processo por superendividamento para revisão e integração dos contratos e repactuação das dívidas remanescentes mediante plano judicial compulsório, procedendo à citação de todos os credores cujos créditos não tenham integrado o acordo porventura celebrado.

Esta fase do procedimento tem, igualmente, inspiração na filosofia francesa que responsabiliza os devedores pelo pagamento dos credores, ainda que isso implique o comprometimento do seu rendimento futuro[62]. Por isso, a ênfase nos planos de pagamento.

Na fase judicial, as partes estarão submetidas ao plano de pagamento elaborado pelo juiz com o auxílio de um administrador, podendo contemplar as medidas de dilação de prazo para pagamento até a redução dos encargos da dívida.

Embora o texto legal não faça referência à ordem no pagamento dos credores, o plano judicial deve priorizar o pagamento daqueles que acordaram na fase consensual, de modo a incentivar a cultura da cooperação.

O parágrafo 4 estabelece limites objetivos ao plano judicial compulsório que deverá: a) assegurar aos credores, no mínimo, o valor principal devido corrigido monetariamente por índices oficiais de preço; b) liquidação total da dívida em no máximo 5 (cinco) anos; c) primeira parcela da dívida no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias contado de sua homologação judicial; d) o restante do saldo devido em parcelas iguais e sucessivas.

---

[62] Jason Kilborn entende que esse modelo parece ter mais foco no aspecto educativo do processo em vez do retorno econômico para os credores, salientando que: "[…] ao menos para os devedores, estes sistemas requerem um aprendizado ativo sobre as consequências, os custos e as responsabilidades em fazer empréstimos em demasia. Submetidos a muitos anos de receita perdida (ou de potencial perda de receita), irão provavelmente gravar na mente do consumidor, reingressado na economia de crédito aberto. Isto é educação do devedor de um modo muito significativo. Além disso, este aprendizado ativo pode nivelar o aprendizado passivo, representado por aconselhamento de crédito, particularmente se este aconselhamento focar na parte de alerta aos devedores sobre os preconceitos comportamentais que os seduziram aos problemas. Por último, os sistemas de plano de pagamento enviam mensagens mais construtivas a devedores, consumidores em potencial, sobre os custos e as responsabilidades do crédito". *In:* MARQUES, Claudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (org.). *Direitos do consumidor endividado:* superendividamento e crédito. São Paulo: RT, 2006, p. 86.

Ao referir expressamente que o plano deve assegurar o valor principal da dívida, o legislador deixou claro que não recepcionou a medida do perdão das dívidas que é admitida na legislação de outros países, inclusive na França, cuja legislação incorporou o perdão das dívidas somente em 29 de julho de 1998, após uma década de vigência da Lei Neiertz, devido à constatação de que as medidas ordinárias de parcelamento das dívidas e de redução de juros não eram suficientes para superar os problemas financeiros em casos mais graves[63].

A possibilidade do devedor se desonerar de uma dívida contratada faz parte do debate contemporâneo nos sistemas internacionais de insolvência, pois desafia fundamentalmente aspectos éticos e jurídicos sobre os quais se construíram as relações jurídico-econômicas.

Segundo Catarina Frade, argumentos poderosos e convincentes, quando considerados pela primeira vez, são utilizados por setores econômicos e da justiça contrários à exoneração das dívidas em favor de devedores insolventes, baseados em dois pressupostos:

> por um lado, de que se está a criar insegurança jurídica para as transações econômicas e a desestimular a concessão de crédito ao permitir que os contratos possam não ser integralmente cumpridos; por outro, de que se incentivam os devedores a negligenciar uma gestão financeira saudável e responsável, ao dar-lhes a hipótese de se livrarem de algumas das suas dívidas se as coisas não

---

[63] Jason Kilborn relata que "A primeira década de experiência com a nova lei, revelou que 'sucesso' neste sistema levemente intrusivo, muitas vezes mascarava o fracasso. Não tendo outra opção, as comissões recomendavam medidas paliativas ineficazes que acabavam gerando o efeito preocupante de 'porta giratória'. Um número substancial de devedores acessaria o sistema para obter um plano consensual ou imposto pelo tribunal com medidas de alívio ordinárias e, mais cedo ou mais tarde, descumpririam o plano. A lei, inicialmente, não possibilitava a moderação dos pagamentos que eram inviáveis para o devedor tendo em vista o seu passivo elevado e a sua capacidade financeira limitada. Então, após descumprir o primeiro plano, os devedores peticionariam novamente buscando alívio e o processo se repetiria com pouca chance de sucesso. Estudos legislativos do sistema revelaram uma incidência surpreendentemente elevada de tal 'reincidência'. Sem o alívio real do perdão parcial das dívidas, estes devedores não teriam outra escolha que não fosse passar pela porta giratória para buscar novas medidas de parcelamento". KILBORN, Jason. Comparative consumer bankruptcy. *SSRN*, [s. l.], 2007. Disponível em: https://bit.ly/3bUoiWZ. Acesso em: 15 jul. 2020.

> correrem de feição. E isso levará, no fim das contas, a um encarecimento do dinheiro para todos os que cumprem[64].

A Comissão de Juristas do Anteprojeto de Atualização do CDC considerou que o modelo norte-americano do *fresh start* (falência total, com o perdão das dívidas, após a venda de tudo, de forma a permitir o começar de novo deste consumidor "falido" e sua reinclusão no consumo) no Brasil, uma sociedade que já conhece leis do bem de família e de limites à liquidação dos bens dos consumidores[65].

Somente a experiência com o tratamento do superendividamento, uma vez aprovada a Lei 3515/15, vai nos mostrar se as situações mais graves de devedores sem bens e sem renda justificarão avançar a aprovação de medidas extraordinárias que incluem a moratória e o perdão parcial das dívidas, assim como ocorreu na França.

Todos os contratos que integram o plano de pagamento estarão sujeitos à revisão judicial que poderá afastar as cláusulas abusivas.

Ainda neste momento, impõe-se o controle pelo juiz

> se o crédito foi concedido de forma responsável ou abusiva, sem informações, sem esclarecimento, sem as formalidades exigidas por lei (por escrito com direito de arrependimento), ou sem conhecer o consumidor e sua capacidade econômica, como forma de cobrar juros maiores ou de ter o consumidor como um eterno devedor[66].

Nesse caso, está prevista a sanção de perda ou redução de juros (moratórios e remuneratórios) em relação ao credor que, porventura,

---

[64] FRADE, Catarina. O perdão de dívidas na insolvência das famílias. *In:* SANTOS, Ana Cordeiro (org.). *Família endividadas:* uma abordagem da economia política e comportamental: causas e consequências. Coimbra: Almedina, 2015. p. 133-146.

[65] BRASIL. Senado Federal. *Atualização do Código de Defesa do Consumidor:* Relatório. Brasília, DF: Presidência do Senado Federal, 2012, p. 133.

[66] BRASIL. Senado Federal. *Atualização do Código de Defesa do Consumidor:* Relatório. Brasília, DF: Presidência do Senado Federal, 2012, p. 139.

não observou os deveres de informação, aconselhamento e de crédito responsável, disciplinados no art. 54D:

> Na oferta de crédito, previamente à contratação, o fornecedor ou intermediário deve, entre outras condutas:
>
> I — informar e esclarecer adequadamente o consumidor, considerando sua idade, saúde, conhecimento e condição social, sobre a natureza e a modalidade do crédito oferecido, sobre todos os custos incidentes, observado o disposto nos arts. 52 e 54-B, e sobre as consequências genéricas e específicas do inadimplemento;
>
> II — avaliar a capacidade e as condições do consumidor de pagar a dívida contatada, mediante solicitação da documentação necessária e das informações disponíveis em bancos de dados de proteção ao crédito, observado o disposto neste Código e na legislação sobre a proteção de dados;
>
> III — informar a identidade do agente financiador e entregar ao consumidor, ao garante e a outros coobrigados cópia do contrato de crédito.
>
> Parágrafo único: O descumprimento de qualquer dos deveres previstos no caput deste artigo, no art. 52 e no art. 54-C poderá acarretar judicialmente a inexigibilidade ou a redução dos juros, dos encargos ou de qualquer acréscimo ao principal e a dilação do prazo de pagamento previsto no contrato original, conforme a gravidade da conduta do fornecedor e as possibilidades financeiras do consumidor, sem prejuízo de outras sanções e de indenização por perdas e danos, patrimoniais e morais, ao consumidor.

Portanto, o procedimento de tratamento proposto no PL 3515/15 inova, principalmente, pela abordagem global do superendividamento, o conjunto das dívidas é considerado tanto nas conciliações em bloco (com todos os credores), quanto no plano de pagamento judicial, permitindo soluções adequadas para os casos de superendividamento, como já ocorre nas sociedades de consumo consolidadas.

B) Projeto emergencial sobre moratória aos consumidores: Projeto de Lei 1997/2020

No mundo inteiro, além de mudanças sobre o superendividamento, o Parlamento tem sugerido legislações de emergência.[67] No Brasil, a maioria dessas legislações de emergenciais refere-se à moratória nos pagamentos dos consumidores. Academicamente sugerimos uma moratória, baseada na figura da exceção dilatória romana.[68]

Bem, ao longo da pandemia os consumidores experimentaram uma série de modificações nas normas que tangem o Código de Defesa do Consumidor sem modificá-lo (com exceção da Lei 14.010/2020, que suspendeu parcialmente os efeitos do direito de arrependimento), medidas provisórias, portarias, decretos e até mesmo notas técnicas atingiram fortemente a higidez do ordenamento jurídico.

A crise econômica causada pela crise sanitária sem sombra de dúvidas requereu respostas rápidas e imediatas. De forma certeira muitos países decidiram suspender cobrança de dívidas, despejos e retomada de bens, assegurando o direito patrimonial conquistado com esforço pelos consumidores. Neste sentido, apresentamos ao Senado Federal o texto do Projeto de Lei 1.997/2020[69], que até o momento não tem qualquer previsão de ser pautado. Trata-se de um projeto baseado na legislação alemã, criando uma espécie de moratória para que as famílias possam sair da crise sem diminuição abrupta de seu patrimônio e renda.

O projeto de lei de moratória (PL 1997/2020) mostra-se adequado e necessário. Ele deve, entretanto, ser combinado com uma série de outras medidas como, por exemplo, distribuição de renda

---

[67] Veja MARQUES, Claudia Lima; PFEIFFER, Roberto. Nota sobre o Projeto de Lei n. 1200/2020 que "Institui a moratória de obrigações contratuais de consumidores afetados economicamente pela pandemia de coronavírus (Covid-19)" e sobre o Projeto de Lei (PL) nº 1.179, de 2020, que "dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do Coronavírus (Covid-19)". *Revista de Direito do Consumidor*, Brasília, DF, v. 130, n. 29, p. 425-438, 2020.

[68] MARQUES, Claudia Lima, BERTONCELLO, Karen; LIMA, Clarissa Costa de. Exceção dilatória para os consumidores frente à força maior da pandemia de COVID-19: Pela urgente aprovação do PL 3.515/2015 de atualização do CDC e por uma moratória aos consumidores. *Revista de Direito do Consumidor*, Brasília, DF, v. 129, n. 29, p. 47-71, 2020.

[69] Veja texto do PL 1997/2020 em https://bit.ly/337LjRW (Acesso em: 17 jul. 2020).

àqueles que tenham tido sua renda comprometida. No Brasil adotou-se a distribuição do *coronavoucher* (ou auxílio emergencial). O valor fundamental da República é a proteção da dignidade da pessoa humana, portanto, impor às pessoas que paguem contas no lugar de comer é algo não apenas desumano, mas também contrário à ordem econômica.

Por outro lado, devemos deixar claro que a moratória é um verdadeiro regime transitório, já que muitos consumidores endividados antes da pandemia têm altas chances de passarem para o estrato dos superendividados, por isso é emergencial a aprovação do Projeto de Lei 3.515/2015, já tratado neste artigo.

Sobre Projeto de Lei 1997/2020 apresentado no Senado Federal alertamos que não traz qualquer possiblidade de calote, pelo contrário, todas as parcelas não pagas serão transferidas para o final do contrato sem cobrança de juros ou mora.[70] A incidência de encargos moratórios, como multas e juros, é plenamente justificável como mecanismos de reforço ao cumprimento das obrigações em tempos de normalidade econômica, mas passam a representar encargos insuportáveis quando toda a atividade econômica do país se desestabiliza em razão de uma ameaça sanitária global.

O projeto também trabalha em outro eixo os serviços considerados essenciais como os de fornecimento de energia elétrica, de água e coleta de esgoto, de fornecimento de gás encanado, de telefonia fixa e móvel e de provimento de internet móvel, a moratória incidirá automaticamente sobre todos os contratos de serviços essenciais de consumidores de baixa renda.[71] Em relação aos demais consumidores,

---

[70] Veja https://bit.ly/33fFkLa (Acesso em: 17 jul. 2020)

[71] Veja no Projeto de Lei n° 1997/2020: Institui a moratória em contratos essenciais, bancários, securitários e planos privados de assistência à saúde em favor dos consumidores afetados economicamente pela pandemia de coronavírus (Covid-19), o artigo 3: “Art. 3º São considerados essenciais, sujeitos à moratória de que trata o art. 2º, os serviços de: I — fornecimento de energia elétrica; II — fornecimento de água e coleta de esgoto; III — fornecimento de gás de cozinha encanado; IV — telefonia fixa e móvel; V — provimento de internet móvel. § 1º A moratória incidirá automaticamente sobre todos os contratos de serviços essenciais de consumidores de baixa renda, assim considerados para fins de aplicação desta Lei: I — consumidores beneficiários da Tarifa Social de Energia Elétrica, de que trata a Lei nº 12.212, de 20 de janeiro de 2010, independentemente do consumo verificado no período da moratória, e aqueles cujas unidades residenciais tenham registrado consumo médio inferior a 220 kWh/mês, nos últimos doze meses, e aqueles cujas unidades residenciais tenham registrado consumo inferior a 220 kWh/mês, nas faturas com vencimento a partir de 1º de abril de

deve haver requerimento às companhias prestadoras dos serviços, comprovando-se o decréscimo de renda que justifique a concessão da moratória, como ocorre no caso de perda de emprego, suspensão de atividades ou comprometimento da atividade profissional ou da renda provocada pela pandemia (art. 3, parágrafo segundo).[72]

Também são tratados os contratos de seguro, os previdenciários e os planos privados de assistência à saúde, que se sujeitam também à moratória, desde que o consumidor comprove que a pandemia comprometeu a sua fonte de renda. É vedado, assim, que se recuse cobertura por inadimplemento das obrigações vencidas no período da moratória.

Este importante projeto, que mantém o mínimo existencial,[73] entretanto, não foi até o momento incluído na ordem do dia, mas foi contemplado em partes em outros projetos, já que seus dispositivos iniciais foram fatiados em emendas acolhidas por outros relatores.

2020 até 30 de outubro de 2020, considerada a moratória individualmente sobre cada fatura com consumo inferior verificada; II – consumidores beneficiados com tarifa social de distribuição de água pelo menos uma vez no período de um ano antes da publicação desta Lei, independentemente do consumo verificado no período da moratória, e aqueles cujas unidades residenciais tenham registrado consumo inferior a 20 m^3/mês de água, nas faturas com vencimento a partir de 1º de abril de 2020 até 30 de outubro de 2020, considerada a moratória individualmente sobre cada fatura com consumo inferior verificada, extensível à respectiva tarifa de coleta de esgoto; III – consumidores beneficiados com tarifa social de distribuição de gás de cozinha pelo menos uma vez no período de um ano antes da publicação desta Lei, independentemente do consumo verificado no período da moratória, e aqueles cujas unidades residenciais tenham registrado consumo inferior a 25 m^3/mês de gás, nas faturas com vencimento a partir de 1º de abril de 2020 até 30 de outubro de 2020, considerada a moratória individualmente sobre cada fatura com consumo inferior verificada; IV – consumidores que possuam plano de telefonia fixa ou móvel com média de faturas mensais inferior a 100 (cem) reais por mês nos últimos 12 meses; V – consumidores que possuam plano de provimento de internet móvel com média de faturas mensais inferior a 100 (cem) reais nos últimos 12 meses".

[72] O texto é: "Art. 3 […] § 2º Os consumidores pessoas físicas que, em razão do estado de calamidade pública provocado pela pandemia de coronavírus, tiveram sua fonte de renda prejudicada de modo que o pagamento dos serviços essenciais possa comprometer o mínimo existencial do consumidor e de seus dependentes poderão encaminhar pedidos de moratória às empresas fornecedoras dos serviços por meio eletrônico, os quais deverão ser acatados caso seja anexada comprovação de que o consumidor ou o seu cônjuge ou companheiro: I – foi demitido durante o período da moratória; II – é microempreendedor individual, titular de empresa individual ou sócio de sociedade empresária limitada que teve suas atividades suspensas pelo período superior a 30 dias em razão de decretos de calamidade pública; III – é trabalhador informal e foi impedido de exercer sua atividade laboral durante o período da pandemia; IV – é profissional liberal cuja atividade foi comprometida pela pandemia; V – precisou se afastar de suas atividades laborais ou teve sua fonte de renda comprometida em razão de falecimento ou agravamento de situação de saúde provocados pelo coronavírus no consumidor, em seu cônjuge ou companheiro, ou em seus dependentes, comprovado por meio de atestado médico."

[73] Veja a obra de BERTONCELLO, Káren D. *Superendividamento do consumidor:* mínimo existencial, casos concretos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

Analisando os projetos de lei e medidas provisórias em trâmite no Senado Federal no período da pandemia contabilizamos 38 que alteram o Código de Defesa do Consumidor ou normas esparsas que dizem respeito ao microssistema de Defesa do Consumidor. A opção legislativa de utilizar medidas provisórias não contemplou qualquer ganho aos consumidores, de modo que o parlamento precisará aprovar normativos completos para salvaguardar o patrimônio das famílias brasileiras.[74]

Recordamos que a Lei de Liberdade Econômica (Lei 13.874/2019) coloca como princípio-base a subsidiária e excepcional intervenção do Estado sobre o exercício das atividades econômicas (art. 2, III), mas quando o consumidor tenta exercitar seus direitos durante a pandemia, o Estado logo chega criando travas ilegais para que o consumidor seja obrigado a permanecer no contrato.[75]

Por óbvio que uma rescisão em massa trará efeitos inegáveis à economia, por isso é que o contrato deve ser relido e renovado por opção do consumidor com colaboração do fornecedor. Olhando sob essa ótica, precisamos relembrar princípios do Código de Defesa do Consumidor (CDC), em especial o da harmonização das relações de consumo com base na boa-fé.

Quando todos passam a entender que contratos são cadeias quase infinitas de consumidores e fornecedores que se confundem, as partes colaborarão para sua manutenção.[76] Afinal de contas, também pequenas e microempresas em alguns casos poderão ser consideradas consumidoras. A harmonização das relações de consumo, portanto, só ocorrerá quando as partes estiverem dispostas a contar suas verdades e entregarem seu melhor para o seguimento da relação.[77]

O que os instrumentos legislativos e infralegais têm trazido é um pressuposto contrário: o consumidor é inconsequente e não se preocupa com o seguimento das relações e geração de riqueza. Aliás, se

---

[74] Veja as pesquisas e sugestões da academia em: https://bit.ly/2RoNyLz.

[75] Veja FACHIN, Luiz Edson. Fato de força maior e o adimplemento contratual. In: FACHIN, Luiz Edson. *Soluções Práticas de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v. 1, p. 231-276.

[76] Veja MARQUES, Claudia Lima. Boa-fé nos serviços bancários, financeiros, de crédito e securitários e o código de defesa do consumidor: informação, cooperação e renegociação? *Revista da Faculdade de Direito da UFRS,* Porto Alegre, n. 22, p. 47-83, 2002.

[77] Veja MIRAGEM, Bruno. Nota relativa à pandemia de coronavírus e suas repercussões sobre os contratos e a responsabilidade civil. *Revista dos Tribunais,* São Paulo, v. 109, n. 1015, 2020.

pensarmos nos contratos que mais têm trazido dúvidas às famílias veremos que são contratos de consumo como de escolas, creches, academias, internet, telefonia, gás, luz e água. Nessa lógica, as medidas governamentais só foram necessárias por extrema falta de transparência dos fornecedores, que não revelaram seus custos aos consumidores mesmo nos contratos mais complexos e regulados.

Quando medidas provisórias determinam que a devolução dos valores pagos por consumidores será retida por tempo maior do que aquele que o consumidor levou para pagar, o Estado contraria a própria lei da liberdade econômica. Está, portanto, se imiscuindo na atividade econômica, impedindo negociações individuais e deixando o risco integral ao consumidor. É compreensível a necessidade de determinados setores, mas exceções precisam ser analisadas.

O que ocorre é que o Estado segura determinados mercados por ausência de capacidade de absorver em seus serviços públicos correspondentes esses consumidores-usuários. A resposta proposta pela OCDE é a intervenção estatal em favor do consumidor. As sugestões são de flexibilização no modo de pagamento dos contratos de empréstimo; suspensão de cobrança de dívidas; comunicação clara e outras no campo da flexibilização de contratos. Podemos perceber, portanto, que a OCDE sugere a manutenção dos contratos por meio da intervenção estatal. Prova de que o liberalismo econômico completo não funciona é a pandemia. Mesmo nos países com índices maiores de "liberdade econômica" os Estados são obrigados a contribuírem nas relações privadas.

Quando se pensa em alternativas de moratórias, como adotadas pela Alemanha, Itália, Espanha, Portugal e outros países, se devolve ao contribuinte uma forma para que ele tenha fôlego suficiente para manter suas relações.[78] A resposta moratória não é uma resposta simples, é uma resposta complexa, sugere uma mudança na lógica da resolução contratual prevista como resposta pelo Código Civil. Tal medida legislativa se impõe no momento e trará solução para manutenção de contratos olhando para aqueles consumidores que perderam renda e permitindo fôlego para que empresas sigam com seus contratos ativos.

---

[78] Veja MUCELIN, Guilherme; D'AQUINO, Lúcia. O papel do direito do consumidor para o bem-estar da população brasileira e o enfrentamento à pandemia de COVID-19. *In: Revista de Direito do Consumidor,* Brasília, DF, v. 129, n. 29, p. 17-46, 2020.

Observações finais

É preciso atualizar o Código de Defesa do Consumidor (CDC) inserindo um capítulo sobre o chamado tratamento (ou resgate) dos mais de 30 milhões de superendividados. O direito privado brasileiro precisa modernizar sua visão da boa-fé, de visualização da vulnerabilidade do *alter*/do outro[79], aceitar o dever de renegociar para evitar a ruína dos consumidores e de cooperar com o superendividado.

No Brasil não há falência da pessoa natural e quando o consumidor cai em superendividamento ele é excluído da sociedade de consumo... Sua dívida não é paga, só ganham os bancos (frente aos juros e taxas brasileiras o principal do crédito é pago 3 a 5 vezes!) e os intermediários, os pastinhas ou agentes bancários, que ganham por contratação, e assim assediam diariamente idosos, analfabetos e pessoas doentes ou em situação de vulnerabilidade agravada para contratar, em uma cultura da dívida, não do pagamento!

Os projetos emergenciais, como o aqui comentado PL 1997/2020 podem ajudar, mas a solução definitiva é apenas o PL 3515/2015. Em defesa dos direitos dos consumidores, por uma prática de crédito responsável e saudável para manutenção de um mercado de consumo equilibrado, reafirmamos o posicionamento em defesa da tramitação e consequente aprovação do Projeto de Lei 3515/2015 que altera a Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, Código de Defesa do Consumidor, e o art. 96 da Lei no 10.741, de 1o de outubro de 2003, Estatuto do Idoso, para aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento no Brasil.

---

[79] MARQUES, Claudia Lima. Algumas observações sobre a pessoa no mercado e a proteção dos vulneráveis no direito privado. *In:* MARQUES, Claudia Lima; GRUNDMAN, Stefan; MENDES, Gilmar; BALDUS, Christian; MALHEIROS, Manuel. *Direito privado, constituição e fronteiras:* encontros da Associação Luso-Alemã de Juristas no Brasil. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 321 Citando o STJ: "Ao Estado Social importam não apenas os vulneráveis, mas sobretudo, os hipervulneráveis" (BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Recurso Especial 586.316/MG. 2ª Turma, rel. min. Antonio Herman Benjamin, j. 17 abr. 2007. Diário de Justiça, Brasília, DF, 19 mar. 2009).

Referências

BAROCELLI, Sergio S. Hacia la construcción de la categoría de consumidores hipervulnerables. *In:* BAROCELLI, Sergio S. (ed.). *Consumidores hipervulnerables*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ed. El Derecho, 2018.

BENJAMIN, Antonio Herman. Prefácio. *In:* LIMA, Clarissa Costa de. *O tratamento do superendividamento e o direito de recomeçar dos consumidores*. São Paulo: Ed. RT, 2014.

BENJAMIN, Antônio H. Prefácio. *In*: MARQUES, Claudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli, LIMA, Clarissa Costa (coord.). *Direitos do consumidor endividado II:* vulnerabilidade e exclusão. São Paulo: Ed. RT, 2016.

BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima. *Relatório-geral da comissão de juristas:* atualização do Código de Defesa do Consumidor. Brasília, DF: Senado Federal, 2012.

BERTONCELLO, Karen D. *Superendividamento do consumidor:* mínimo existencial, casos concretos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BRASIL. Senado Federal. *Atualização do Código de Defesa do Consumidor:* relatório. Brasília, DF: Senado Federal, 2012.

______. Supremo Tribunal de Justiça. Recurso Especial 586.316/MG. 2ª Turma, rel. ministro Herman Benjamin, j. 17 abr. 2007. *Diário de Justiça,* Brasília, DF, 19 mar. 2009.

______. Supremo Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1102787 PR 2008/0261020-0. 3ª Turma, rel. ministro Sidnei Beneti, j. 16 mar. 2010. *Diário de Justiça,* Brasília, DF, 29 mar. 2010.

______. Supremo Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.064.009/SC 2008/0122737-7. 2ª Turma, rel. ministro Herman Benjamin, j. 4 ago. 2009. *Diário de Justiça,* Brasília, DF, 27 abr. 2011.

______. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.515.895/MS. Corte Especial, rel. ministro Humberto Martins, j. 20 set. 2017. *Diário de Justiça,* Brasília, DF, 27 set. 2017.

______. Supremo Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1753135/RS. 3ª Turma, rel. ministra Nancy Andrighi, j. 13 nov. 2018. *Diário de Justiça,* Brasília, DF, 22 nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1762674/MS. 3ª Turma, rel. ministra Nancy Andrighi, j. 27 maio 2019. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 29 maio 2019.

BUAES, Caroline Stumpf. *Sobre a construção de conhecimentos:* uma experiência de educação financeira com mulheres idosas em um contexto popular. 2011. Tese (Doutorado em Educação) — Faculdade de Educação, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011.

CAMARANO, Ana Amélia; KANSO, Solange. Envelhecimento da população brasileira: uma contribuição demográfica. *In:* FREITAS, Elizabeth V. *et al*. *Tratado de geriatria e gerontologia*. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2011.

DOLL, Johannes. Elderly consumer weakness in 'withholding credit'. *In:* NIEMI, Johanna; RAMSAY, Iain; WHITFORD, William C. (ed.). *Consumer credit, debt and bankruptcy:* comparative and international perspective. Oxford: Hart Publishing, 2009.

DOLL, Johannes; CAVALAZZI, Rosângela. Withhoulding credit' and elderly overindebtedness. *In:* MARQUES, Claudia Lima; WEI, Dan (org.). *Consumer law and socioeconomic development:* national and international dimensions. Cham: Springer, 2017. p. 421-446.

FACHIN, Luiz Edson. Fato de força maior e o adimplemento contratual. *In:* FACHIN, Luiz Edson. *Soluções práticas de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v. 1, p. 231-276.

FIECHTER-BOULVARD, Frédérique. La notion de vulnerabilité et sa consécration par le droit. *In:* COHET-CORDEY, Frédérique (org.). *Vulnerabilité et droit:* le développement de la vulnerabilité et ses enjeux en droit. Grenoble: Presses Universitaires de Grenoble, 2000.

FRADE, Catarina. O perdão de dívidas na insolvência das famílias. *In:* SANTOS, Ana Cordeiro (org.). *Família endividadas:* uma abordagem da economia política e comportamental: causas e consequências. Coimbra: Almedina, 2015. p. 133-146.

FREITAS, Elizabeth V. *et al*. *Tratado de geriatria e gerontologia*. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2011.

GSELL, Beate; MELLER-HANNICH, Caroline; LIMA MARQUES, Claudia; ARTZ, Markus; HARKE, Jan Dirk (ed.). *Wer ist der Verbraucher?*

Verbraucherbegriffe, Verbraucherleitbilder und situative Differenzierungen im Verbraucherschutz. Baden-Baden: Nomos, 2018.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Pesquisa de orçamentos familiares 2008–2009*: despesas, rendimentos e condições de vida. *IBGE,* Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: https://bit.ly/3bIxRYX. Acesso em: 16 mar. 2011.

KILBORN, Jason. Comparative consumer bankruptcy. *SSRN*, [s. l.], 2007. Disponível em: https://bit.ly/3bUoiWZ. Acesso em: 15 jul. 2020.

LACOUR, Clémence. *Vieillesse et vulnerabilité*. Marseilles: Presses Universitaires d`Aix Marseille, 2007.

MARQUES, Claudia Lima. 25 years to celebrate: horizons of the 1990's Brazilian Protection Code and new horizons, especially on the protection of consumers. *In:* MARQUES, Claudia Lima; WEI, Dan (org.). *The future of international protection of consumers*. Porto Alegre: PPGD/UFRGS, 2016. p. 111-144.

______. Algumas observações sobre a pessoa no mercado e a proteção dos vulneráveis no direito privado. *In:* MARQUES, Claudia Lima; GRUNDMAN, Stefan; MENDES, Gilmar; BALDUS, Christian; MALHEIROS, Manuel (org.). *Direito privado, constituição e fronteiras:* encontros da Associação Luso-Alemã de Juristas no Brasil. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014.

______. A vulnerabilidade dos analfabetos e dos idosos na sociedade de consumo brasileira: primeiros estudos sobre a figura do assédio de consumo. *In:* MARQUES, Claudia Lima; GSELL, Beate (org.). *Novas tendências do Direito do Consumidor:* rede Alemanha-Brasil de pesquisas em Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

______. Boa-fé nos serviços bancários, financeiros, de crédito e securitários e o código de defesa do consumidor: informação, cooperação e renegociação? *Revista da Faculdade de Direito da UFRS*, Porto Alegre, n. 22, p. 47-83, 2002.

______. Conciliação em matéria de superendividamento dos consumidores: principais resultados de um estudo empírico de 5 anos em Porto Alegre. *In:* MARQUES, Claudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli; LIMA, Clarissa Costa de (org.). *Direitos do Consumidor endividado II:* vulnerabilidade e inclusão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 264-290.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 9. ed. São Paulo: Ed. RT, 2019.

______. Criança e consumo: contribuição ao estudo da vulnerabilidade das crianças no mercado de consumo brasileiro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo,* São Paulo, v. 14, p. 101-129, 2018.

MARQUES, Claudia Lima. Estudo sobre a vulnerabilidade dos analfabetos na sociedade de consumo: o caso do crédito consignado a consumidores analfabetos. *In:* STOCO, Rui (org.). *Doutrinas essenciais:* dano moral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 2, p. 973-1023.

______. Estudo sobre a vulnerabilidade dos analfabetos na sociedade de consumo: o caso do crédito consignado a consumidores analfabetos. *Revista de Direito do Consumidor,* Brasília, DF, v. 95, p. 99-145, 2014.

______. Mulheres, idosos e o superendividamento dos consumidores: cinco anos de dados empíricos do projeto-piloto em Porto Alegre. *Revista de Direito do Consumidor,* Brasília, DF, v. 100, n. 24, p. 393-423, 2015.

______. Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. *In:* MARQUES, Claudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.). *Direitos do consumidor endividado:* superendividamento e crédito. São Paulo: Ed. RT, 2006.

______; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014.

______. Schutz der Schwächeren im Privatrecht: Eine Einführung. *In:* KUNZ, Lena; MESE, Vivianne Ferreira (org.). *Rechtssprache und Schwächerenschutz*. Heidelberg: Nomos, 2018. v. 1.

______; BENJAMIN, Antonio Herman. Consumer over-indebtedness in Brazil and the need of a new consumer bankruptcy legislation. *In:* NIEMI, Johanna; RAMSAY, Iain; WHITFORD, William C. (ed.). *Consumer credit, debt and bankruptcy:* comparative and international perspective. Oxford: Hart Publishing, 2009.

______, BERTONCELLO, Karen; LIMA, Clarissa Costa de. Exceção dilatória para os consumidores frente à força maior da pandemia de COVID-19: Pela urgente aprovação do PL 3.515/2015 de atualização do

CDC e por uma moratória aos consumidores. *Revista de Direito do Consumidor*, Brasília, DF, v. 129, n. 29, p. 47-71, 2020.

MARQUES, Claudia Lima; LIMA, Clarissa Costa de. Notas sobre as conclusões do relatório do Banco Mundial sobre o tratamento do superendividamento e insolvência da pessoa física. *Revista de Direito do Consumidor,* Brasília, DF, v. 89, p. 453-457, 2013.

______; PFEIFFER, Roberto. Nota sobre o Projeto de Lei n. 1200/2020 que "Institui a moratória de obrigações contratuais de consumidores afetados economicamente pela pandemia de coronavírus (COVID-19)" e sobre o Projeto de Lei (PL) nº 1.179, de 2020, que dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do Coronavírus (Covid-19). *Revista de Direito do Consumidor*, Brasília, DF, v. 129, n. 29, p. 425-438, 2020.

MARQUES, Claudia Lima; WEI, Dan (org.). *Consumer law and socioeconomic development:* national and international dimensions. Cham: Springer, 2017.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor.* 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2018.

______. Nota relativa à pandemia de coronavírus e suas repercussões sobre os contratos e a responsabilidade civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 109, n. 1015, 2020.

MUCELIN, Guilherme; D'AQUINO, Lúcia. O papel do direito do consumidor para o bem-estar da população brasileira e o enfrentamento à pandemia de COVID-19. *Revista de Direito do Consumidor,* Brasília, DF, v. 129, n. 29, p. 17-46, 2020.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; ARAUJO, Luiz Alberto David. O estatuto da pessoa com deficiência e a tutela do consumidor: novos direitos? *Revista de Direito do Consumidor*, Brasília, DF, v. 105, n. 25, p. 103-121, 2016.

______. DENSA, Roberta. A proteção dos consumidores hipervulneráveis: os portadores de deficiência, os idosos, as crianças e os adolescentes. *Revista de Direito do Consumidor, Brasília*, DF, v. 19, n. 76, p. 13-45, 2010.

PAISANT, Gilles. *Défense et illustration du droit de la consommation*. Paris: Lexis-Nexis, 2015.

PASQUALOTTO, Adalberto. Children, consumption and advertising: Brazil´s point of view *In:* MARQUES, Claudia Lima; WEI, Dan. (org.).

Consumer law and socioeconomic development: national and international dimensions. Cham: Springer, 2017. p. 277-286.

RAMSAY, Iain. *Personal insolvency in the 21st century*: a comparative analysis on the US and Europe. London: Hart Publishing, 2017.

SCHMITT, Cristiano H. *A hipervulnerabilidade do idoso no âmbito do direito fundamental de proteção ao consumidor.* 2012. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012.

WORLD BANK. *Insolvency and creditor/debtor regimes:* task force/report on the treatment of the insolvency of natural persons. Washington, DC: World Bank, 2014. Disponível em: https://bit.ly/3bKjenC. Acesso em: 15 jul. 2020.

As ações da Senacon para a tutela dos interesses do consumidor em razão dos impactos da pandemia da Covid-19[1]

Isabela Maiolino[2]
Chefe de gabinete da Secretaria Nacional
do Consumidor, Ministério da Justiça e Segurança Pública

Luciano Benetti Timm[3]
Secretário Nacional do Consumidor,
Ministério da Justiça e Segurança Pública

Sumário: 1. Introdução; 2. Principais problemas decorrentes da Covid-19 e ações da Senacon; 2.1. Termos de Ajustamento de Conduta; 2.1.1. Os TACs e a MP 948; 2.2. Notas técnicas e casos sancionadores; 2.3. Portarias; 3. Conclusão; Referências.

1. Introdução

Em 11 de março de 2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou pandemia em razão da Covid-19 e, em 20 de março de 2020, o Decreto Legislativo nº 6 de 2020 decretou estado de calamidade pública até o dia 31 de dezembro de 2020. A vida de todos os

---

[1] Alguns trechos do presente artigo foram previamente publicados no Jornal Estadão, sob autoria de Luciano Timm, quais sejam: “Impactos da pandemia do coronavírus para os consumidores”, de 20 de março de 2020; “Covid-19 e atuação da Senacon: por uma política pública baseada em evidências científicas”, de 11 de abril de 2020; “Políticas públicas para o consumidor em tempos de Covid-19”, de 7 de maio de 2020.

[2] Mestra em Direito pela Universidade de Brasília (2020). Bacharel em Direito pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (2017).

[3] Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2004). Mestre (1997) e Bacharel (1994) em Direito pela PUC-RS. Cursou Master of Laws (LL.M.) na Universidade de Warwick (Inglaterra) e realizou pesquisa de Pós-Doutorado na Universidade da Califórnia, Berkeley (Estados Unidos). É professor da Unisinos e da FGV-SP.

brasileiros foi abalada, e isso fez com que diversas relações comerciais e consumeristas precisassem ser repensadas e alteradas, com inúmeras discussões sobre quebra de contrato, possível desabastecimento, necessidade de remarcação de suposto aumento de preços e aumento da judicialização. Surgiu, ainda, uma preocupação com práticas oportunistas.

Os consumidores (assim como os fornecedores) foram intensamente afetados e, diante disso, a Secretaria Nacional do Consumidor (Senacon), órgão vinculado ao Ministério da Justiça e Segurança Pública, tem procurado, desde o início, soluções junto do setor privado e de outros órgãos de governo para se antecipar, prevenir ou remediar problemas para os consumidores e para o funcionamento das relações sociais em ambientes de mercado.

O presente artigo apresentará as principais medidas tomadas pela referida secretaria no primeiro semestre de 2020 voltadas aos problemas decorrentes da pandemia.

2. Principais problemas decorrentes da Covid-19 e ações da Senacon

No início de março a Senacon enfrentou o primeiro tema relacionado à crise, que envolveu os setores aéreo e turístico. Com efeito, dentre os diversos setores impactados negativamente pela pandemia do coronavírus, o setor de turismo foi um dos mais afetados e é um dos que mais demorará a se recuperar. É o que afirma estudo conduzido pela Fundação Getulio Vargas:

> O mercado de viagens é um dos setores mais afetados pela crise, pois a política de isolamento resultante das medidas de contenção ao contágio pelo Covid-19 afeta frontalmente a dinâmica econômica do setor, restando quase nenhuma possibilidade de receita. Como é uma atividade fortemente geradora de empregos em todas as faixas de renda no Brasil, principalmente, e em grande escala, nas áreas de menor grau de especialização, seu enxugamento traz consequências significativas o país. Segundo o IBGE, o setor representa 3,71% do PIB, e

> sua dinâmica é composta por diferentes atividades que serão diferentemente impactadas nessa crise.[4] (p. 2)

Em razão disso, a Senacon convocou reunião com a participação de diversos ministérios, como Turismo, Economia, Saúde, entre outros, e agências reguladoras — Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) e Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) — com o objetivo de estabelecer uma posição do governo federal em relação a cancelamentos e remarcações de voos e de pacotes.

Naquele momento, já se vislumbrava a possibilidade de o consumidor invocar a chamada exceção de caso fortuito e força maior para destinos internacionais de elevado risco (naquele momento, apenas China e Itália). A Nota Interministerial[5] recomendou cautela no pedido de cancelamento dos consumidores e a utilização da plataforma "www.consumidor.gov.br" para negociação de remarcação de voos com as companhias aéreas.

Diante da decretação de pandemia pela OMS, da decretação do estado de calamidade pública e dos diversos atos de governo fechando fronteiras e estabelecimentos públicos, a Senacon emitiu nota à imprensa[6] reconhecendo a ampliação de casos de força maior, bem como orientando empresas de aviação e de turismo a remarcar, sem qualquer custo adicional aos consumidores (leia-se tarifas, multas etc.), passagens e pacotes turísticos. Ao mesmo tempo, sugeriu-se aos consumidores que evitassem cancelamentos, contribuindo com a economia brasileira (afinal, o setores de turismo e aéreo geram muitos empregos), mas também aproveitando boas oportunidades para o segundo

---

[4] FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS. *Impacto econômico do Covid-19:* propostas para o turismo brasileiro. Rio de Janeiro: FGV, 2020, p. 2. Disponível em: https://bit.ly/31sEk6Z. Acesso em: 1º jul. 2020. Nesse sentido, ver também pesquisa feita pelo Sebrae: SERVIÇO BRASILEIRO de APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS. Impactos recentes do coronavírus no segmento de turismo de negócios e eventos. [S. l.]: Sebrae, 2020a. Disponível em: https://bit.ly/2NDepS0. Acesso em: 2 jul. 2020.

[5] BRASIL. Secretaria Nacional do Consumidor. *Nota Técnica nº 2/2020/GAB-SENACON/SENACON/MJ*. Nota Interministerial publicada em 6 de março de 2020 em conjunto com os ministérios do Turismo, da Economia e da Saúde. Brasília, DF: Senacon, 2020.

[6] BRASIL. Secretaria Nacional do Consumidor. Recomendações da Senacon para remarcação de viagens: nota à imprensa. *Portal eletrônico MJSP,* São Paulo, 14 mar. 2020. Disponível em: https://bit.ly/2TvUsQB. Acesso em: 2 jul. 2020.

semestre, dado que a previsão do pico da contaminação, naquele momento, reportava que a situação não ultrapassaria 60 dias. Estava-se diante de uma situação sem precedentes no século XXI (pelo menos) e que vulnerabilizava países, governos, empresas e consumidores ("choques simétricos", na feliz expressão do Prof. Fernando Araújo).

Especificamente quanto a esses setores, assim como ao de eventos (já que em razão da quarentena quase todos os eventos foram remarcados ou cancelados), a Senacon endereçou os problemas por meio de Termos de Ajustamento de Conduta, tema do primeiro subitem desse tópico. Em seguida, trataremos das notas técnicas elaboradas pela Senacon e dos casos de investigação relacionados à pandemia. Por fim, falaremos sobre as portarias editadas.

2.1. Termos de Ajustamento de Conduta

Desde praticamente o início da pandemia, a Senacon, acompanhada ora do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, ora do Ministério Público Federal e da Associação Nacional do Ministério Público do Consumidor (MPCON), iniciou tratativas e firmou Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) com a Associação Brasileira de Produtores de Eventos (Abrape) e com as empresas nacionais de transporte aéreo, capitaneadas pela ABEAR, além de estar negociando outros seis acordos no setor de turismo. O benefício aos consumidores é notável: somente em relação ao TAC firmado com as empresas aéreas, 2,79 milhões de passageiros foram beneficiados até o início de maio.[7]

Os TACs firmados até o momento trabalham com as premissas de remarcação gratuita, constituição de crédito em favor dos consumidores ou devolução do crédito dos consumidores dentro de um prazo de 12 meses. Eles também preveem a abstenção pela Senacon de processos sancionadores oriundos da situação de caso fortuito ou força maior decorrente da pandemia. A preservação das empresas é necessária

[7] Informações disponíveis no processo 08012.000701/2020-73. Assunto: Defesa do consumidor: Ajustamento de Conduta de Empresas. Termo de Ajustamento de Conduta firmado com: ABEAR – Associação Brasileira das Empresas Aéreas; Tam Linhas Aéreas S.A., Gol Linhas Aéreas S.A.; Passaredo Transportes Aéreos S.A.; Azul Linhas Aéreas S.A.; União (representada pela Secretaria Nacional do Consumidor); Ministério Público Federal e Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.

tanto para garantir o "bem da vida" aos consumidores quando a pandemia passar – note-se que o Brasil foi o único país de maior expressão de passageiros operado pela LATAM em que a companhia não ajuizou uma ação de recuperação judicial –, quanto para a manutenção da concorrência que acaba por beneficiar os consumidores com menores preços e maior qualidade, bem como com a manutenção de empregos e do pagamento de impostos. Cumpre esclarecer que nenhum país latino-americano teve tamanho êxito na tutela dos direitos dos consumidores aéreos. E a solução aqui adotada no TAC não fugiu do que países europeus fizeram em decorrência da mesma situação (pandemia).

Ao mesmo tempo, a Senacon iniciou negociação com setor de turismo para incluir diversas empresas aéreas no "consumidor.gov.br", como se verá nos tópicos seguintes. Antes disso, no entanto, é necessário fazer algumas considerações sobre a Medida Provisória 948 de 2020, que acabou sendo aprovada logo após a assinatura dos TACs anteriormente mencionados, adotando seu racional jurídico e econômico.

2.1.1. Os TACs e a MP nº 948

Após a assinatura dos TACs, em 8 de abril de 2020, foi publicada a Medida Provisória 948 (MP 948) para tratar de aspectos consumeristas do setor de turismo, afetados em razão da pandemia. Ela prevê quatro alternativas para a situação de cancelamento de eventos em razão da calamidade pública da pandemia, seguindo, na essência, as alternativas do TAC: i) remarcação de serviços, reservas ou eventos cancelados; ii) disponibilização de crédito para uso; iii) concessão de crédito por meio de abatimento em outras reservas e eventos; ou, se nenhuma dessas alternativas for disponibilizada, iv) reembolso dos valores pagos.

Cumpre esclarecer que estão contempladas, na MP 948, as atividades previstas no art. 21 da Lei 11.771 de 2008, como serviços que sofrem a incidência da referida norma legal:

> Art. 21. Consideram-se prestadores de serviços turísticos, para os fins desta Lei, as sociedades empresárias, sociedades simples, os empresários

> individuais e os serviços sociais autônomos que prestem serviços turísticos remunerados e que exerçam as seguintes atividades econômicas relacionadas à cadeia produtiva do turismo:
> I – meios de hospedagem;
> II – agências de turismo;
> III – transportadoras turísticas;
> IV – organizadoras de eventos;
> V – parques temáticos; e
> VI – acampamentos turísticos.
>
> Parágrafo único. Poderão ser cadastradas no Ministério do Turismo, atendidas as condições próprias, as sociedades empresárias que prestem os seguintes serviços:
> I – restaurantes, cafeterias, bares e similares;
> II – centros ou locais destinados a convenções e/ou a feiras e a exposições e similares;
> III – parques temáticos aquáticos e empreendimentos dotados de equipamentos de entretenimento e lazer;
> IV – marinas e empreendimentos de apoio ao turismo náutico ou à pesca desportiva;
> V – casas de espetáculos e equipamentos de animação turística;
> VI – organizadores, promotores e prestadores de serviços de infra-estrutura, locação de equipamentos e montadoras de feiras de negócios, exposições e eventos;
> VII – locadoras de veículos para turistas; e
> VIII – prestadores de serviços especializados na realização e promoção das diversas modalidades dos segmentos turísticos, inclusive atrações turísticas e empresas de planejamento, bem como a prática de suas atividades.

No que se refere aos eventos/serviços cancelados em razão da pandemia, a MP prevê os seguintes direitos aos consumidores:

> Art. 2º Na hipótese de cancelamento de serviços, de reservas e de eventos, incluídos shows e espetáculos, o prestador de serviços ou a sociedade empresária não serão obrigados a reembolsar os valores pagos pelo consumidor, desde que assegurem:

I – a remarcação dos serviços, das reservas e dos eventos cancelados;
II – a disponibilização de crédito para uso ou abatimento na compra de outros serviços, reservas e eventos, disponíveis nas respectivas empresas; ou
III – outro acordo a ser formalizado com o consumidor.
§ 1º As operações de que trata o caput ocorrerão sem custo adicional, taxa ou multa ao consumidor, desde que a solicitação seja efetuada no prazo de noventa dias, contado da data de entrada em vigor desta Medida Provisória.
§ 2º O crédito a que se refere o inciso II do *caput* poderá ser utilizado pelo consumidor no prazo de doze meses, contado da data de encerramento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 2020.
§ 3º Na hipótese do inciso I do *caput*, serão respeitados:
I – a sazonalidade e os valores dos serviços originalmente contratados; e
II – o prazo de doze meses, contado da data de encerramento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 2020.
§ 4º Na hipótese de impossibilidade de ajuste, nos termos dos incisos I a III do *caput,* o prestador de serviços ou a sociedade empresária deverá restituir o valor recebido ao consumidor, atualizado monetariamente pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo Especial – IPCA-E, no prazo de doze meses, contado da data de encerramento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 2020.
Art. 3º O disposto no art. 2º se aplica a:
I – prestadores de serviços turísticos e sociedades empresárias a que se refere o art. 21 da Lei nº 11.771, de 17 de setembro de 2008; e
II – cinemas, teatros e plataformas digitais de vendas de ingressos pela internet.
Art. 4º Os artistas já contratados, até a data de edição desta Medida Provisória, que forem impactados por cancelamentos de eventos, incluídos shows, rodeios, espetáculos musicais e de artes cênicas e os profissionais contratados para a realização destes

> eventos não terão obrigação de reembolsar imediatamente os valores dos serviços ou cachês, desde que o evento seja remarcado, no prazo de doze meses, contado da data de encerramento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 2020.
> Parágrafo único. Na hipótese de os artistas e os demais profissionais contratados para a realização dos eventos de que trata o caput não prestarem os serviços contratados no prazo previsto, o valor recebido será restituído, atualizado monetariamente pelo IPCA-E, no prazo de doze meses, contado da data de encerramento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 2020.
> Art. 5º As relações de consumo regidas por esta Medida Provisória caracterizam hipóteses de caso fortuito ou força maior e não ensejam danos morais, aplicação de multa ou outras penalidades, nos termos do disposto no art. 56 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

Além disso, sobre o aspecto da força maior/caso fortuito da pandemia e seus efeitos sobre as relações contratuais, a MP 948 reconhece não caber, da simples inexecução involuntária do contrato de consumo, danos morais ou mesmo instauração de processo sancionador.

Cumpre esclarecer que essas alternativas preservam os direitos dos consumidores de obterem o resultado útil contratado (o "bem da vida", no jargão da teoria processual), sem qualquer custo adicional, implicando, por outro lado, custos de remarcação aos fornecedores naquilo que se poderia classificar de arquitetura de decisão promovida pelo governo federal para consumidores e fornecedores, caracterizando um verdadeiro *nudge* comportamental.

Em 25 de maio de 2020, tendo em vista a necessidade de examinar as implicações da MP 948 para as relações de consumo por ela disciplinadas, esclarecendo os direitos dos consumidores dela derivados e as consequentes obrigações dos fornecedores da cadeia do turismo, dado que as implicações para os TACs já firmados serão objeto de avaliação em Notas Técnicas elaboradas especificamente para cada um dos acordos já firmados[8], a Senacon elaborou a Nota Técnica

24/2020/ASSESSORIA-SENACON/GAB-SENACON/SENACON/MJ, de 25 de maio de 2020.

De acordo com o posicionamento ali exarado, a Senacon concluiu que a MP estabelece uma sequência a ser seguida pelos fornecedores na ocasião do cancelamento de evento/serviço em razão da pandemia, garantindo aos consumidores a remarcação ou obtenção de um crédito para uso futuro. Ainda segundo a supramencionada Nota Técnica, a MP também permite negociações entre consumidores e fornecedores que cheguem a resultados satisfatórios para ambos. Somente na ausência dessas alternativas a Secretaria reconhece que há o direito ao reembolso, que poderá ter eventual retenção parcial dos valores para garantir a continuidade das empresas do setor, conforme explicado acima, entendendo, ainda, que:

> Ademais, a MP não estabelece solidariedade na cadeia de turismo por cancelamento de serviços e eventos em decorrência da pandemia. Situação diversa, colocaria as empresas do setor de turismo na iminência de uma quebra generalizada com o consequente comprometimento do crédito dos consumidores que optarem pela restituição, devendo, portanto, cada fornecedor responder até o limite do seu recebimento ou da titularidade do direito em questão; nem, tampouco, obriga empresas do setor de eventos a restituir a "taxa de conveniência" quando se dispuseram, de boa fé e de forma efetiva, a remarcar gratuitamente o evento ou conceder crédito aos consumidores, o qual opta, por motivos de conveniência pessoal pelo cancelamento. Essa taxa deve ser restituída, quando for o caso, pelas empresas de vendas on-line.[9]

---

[8] Nesse sentido, destaca-se a Lei de Introdução do Direito Brasileiro, em seu art. 6º: "Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada"; assim como o art. 5 inc. XXXVI da CF. Cabe trazer também as lições de Maximiliano: "Sempre se presume que se não quis substituir, de todo, a norma em vigor; a revogação da lei deve ficar bem clara. Verifica-se atentamente se o parlamento pretendeu reformar o Direito vigente, que circunstâncias o levaram a isto; até onde foi o propósito inovador; quais os termos e a extensão em que se afastou das fontes, nacionais ou estrangeiras, do dispositivo atual. Pelo que eliminou e pelo que deixou de substituir, conclui-se o seu propósito, orienta-se o hermeneuta". MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 139.

[9] BRASIL. Secretaria Nacional do Consumidor. *Nota Técnica nº 24/2020/ASSESSORIA-SENACON/GAB--SENACON/SENACON/MJ*. Versa sobre a MP nº 948. Brasília, DF: Senacon, 2020.

Também se concluiu que o cancelamento do evento/serviço derivado da pandemia, per se, não é um vício que enseja indenização cível nem sanção administrativa, uma vez que se trata de situação de caso fortuito/força maior.

2.2. Notas técnicas e casos sancionadores

Conforme mencionamos na introdução, uma das principais preocupações dos consumidores, no início da pandemia, era o aumento de preços e o eventual desabastecimento de produtos básicos. De fato, foram veiculadas notícias de aumentos substanciais de preços de produtos como álcool em gel e máscaras. Por esse motivo, além das ações públicas preventivas ao coronavírus, a Senacon reforçou a atuação para coibir a prática de aumento abusivo de preços. É importante ressaltar que situações de choque de oferta ou demanda — como uma abrupta corrida de consumidores a farmácias e supermercados, ao lado da parada da produção na China e na Europa — podem causar aumentos de preço, em razão da lei da oferta e da procura,[10] que não pode ser revogada por autoridade pública.

O Código de Defesa do Consumidor (CDC) coíbe a prática oportunista de aumento arbitrário de preços sem que haja racionalidade econômica para tal conduta.[11] No entanto, é necessário diferenciar um ajuste de mercado a uma situação de crise da prática de estocar

[10] Em síntese: quanto mais pessoas buscam determinado produto, atribuindo-lhe mais valor, mais o preço fica alto; em contrapartida, quanto menor o interesse ou utilidade social, menor o preço. Para mais informações, veja: MANKIW, N. Gregory. *Principle of microeconomics*. 6. ed. Mason: South-Western Cengage Learning, 2012. De acordo com o autor: "Supply and demand are the two words economists use most often—and for good reason. Supply and demand are the forces that make market economies work. They determine the quantity of each good produced and the price at which it is sold. If you want to know how any event or policy will affect the economy, you must think first about how it will affect supply and demand. [...] The terms supply and demand refer to the behavior of people as they interact with one another in competitive markets. Before discussing how buyers and sellers behave, let's first consider more fully what we mean by the terms market and competition".

[11] Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: [...] X — elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços. Previsão similar é encontrada na Lei nº 12.529/11: Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: [...] III — aumentar arbitrariamente os lucros.

produtos adquiridos a preços baixos com objetivo de vender mais caro, apropriando-se do excedente dos consumidores num momento de crise.

A situação econômica pós-Covid-19 inverteu as preferências dos consumidores. Com medo e em casa, consumidores têm adquirido mais um pequeno grupo de bens essenciais e deixado de adquirir muitos outros, de modo que os preços relativos se alteraram radicalmente e muitos negócios deixarão de existir nesse período. Exemplo disso é que desde o início da pandemia, 10,1 milhões de pequenas empresas interromperam as suas atividades, ainda que temporariamente, conforme aponta estudo do Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (Sebrae).[12]

A Senacon elaborou, até o fim de junho de 2020, 20 Notas Técnicas que versam sobre a pandemia, a fim de orientar os membros do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – em especial os Procons, consumidores e empresas. Também foram elaboradas inúmeras notas de posicionamento sobre projetos de lei que envolvem assuntos relacionados à Covid-19, tendo sido enviadas 104 notificações para empresas a fim de acompanhar o mercado em diversos setores. Dentre essas notas, pode-se destacar as notas técnicas sobre o aumento abusivo de preços,[13] a suspensão das aulas presenciais em instituições de ensino,[14] o pagamento de mensalidades em berçários e creches[15] e os direitos dos consumidores que contrataram serviços como academias e centros de atividade física, mas que tiveram as aulas suspensas.[16]

---

[12] SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS. *O impacto da pandemia de coronavírus nos pequenos negócios*. 2. ed. [S. l.]: Sebrae, 2020b. Disponível em: https://bit.ly/3ghQq7. Acesso em: 1º jul. 2020.

[13] BRASIL. Secretaria Nacional do Consumidor. *Nota Técnica nº 8/2020/CGEMM/DPDC/SENACON/MJ*, de 19 de março de 2020. Versa sobre a abusividade na elevação dos preços dos diversos produtos e serviços que podem ser afetados em virtude da pandemia. Brasília, DF: Senacon, 2020.

[14] BRASIL. Secretaria Nacional do Consumidor. *Nota Técnica nº 14/2020/CGEMM/DPDC/SENACON/MJ*, de 25 de março de 2020. Versa sobre a suspensão das aulas presenciais em instituições de ensino. Brasília: Senacon, 2020.

[15] BRASIL. Secretaria Nacional do Consumidor. *Nota Técnica nº 1/2020/GAB-DPDC/DPDC/SENACON/MJ*, de 31 de março de 2020. Versa sobre o pagamento de mensalidades de berçários e creches durante o período de pandemia do coronavírus (Covid-19). Brasília, DF: Senacon, 2020.

[16] BRASIL. Secretaria Nacional do Consumidor. *Nota Técnica nº 20/2020/CGEMM/DPDC/SENACON/MJ*, de 02 de abril de 2020. Versa sobre os efeitos jurídicos nas relações de consumo no tocante aos direitos dos consumidores que contrataram serviços com academias e centros de atividade física, mas que tiveram as aulas suspensas em razão do risco de propagação de Covid-19. Brasília, DF: Senacon, 2020.

Também foram criados canais de denúncia em parceria tanto com a Câmara e Net (entidade que congrega plataformas de comércio eletrônico, os *marketplaces*) quanto com a Associação Brasileira de Supermercados. O mesmo tipo de acordo foi proposto, mas não finalizado, com a Associação de Farmácias. A Senacon entende que a parceria com o setor privado é o principal caminho para coibir abusos, de forma a harmonizar as relações de consumo e evitar criminalizar a atividade empresarial que garante o abastecimento da população.

Além disso, tendo em vista as denúncias relacionadas ao aumento de preços e outros abusos, a Senacon também iniciou uma série de investigações acerca da cadeia produtiva do álcool em gel, das máscaras cirúrgicas[17] e do leite,[18] a fim de identificar as causas do aumento de preços sentido na ponta pelos consumidores, o que resultou na abertura de processos administrativos sancionadores contra quatro fornecedores que não prestaram esclarecimentos ao órgão, embora também se tenha constatado, em sua grande maioria, aumentos de preços decorrentes dos choques de oferta e demanda.

Para a tarefa, além dos seus técnicos da equipe de monitoramento de mercado, chamou para esse desafio a Sociedade Brasileira de Economia, Administração e Sociologia Rural.[19] A Secretaria pretende, ainda, caso seja necessário, contar com outras prestigiosas instituições acadêmicas que fazem pesquisa empírica para que, com isso, possa informar os consumidores de seus achados e eventualmente punir aqueles que abusam dos preços.

Tudo isso sem a necessidade de recorrer ao antigo e ineficaz remédio do tabelamento de preços que tanto mal fez ao país, além

---

[17] Conforme notícia veiculada no sítio eletrônico do Ministério da Justiça e Segurança Pública: BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Ministério solicita informações sobre aumento no preço do álcool gel e máscaras. *Portal eletrônico MJSP*, Brasília, DF, 18 mar. 2020. Disponível em: https://bit.ly/3cZwaGm. Acesso em: 1º jul. 2020.

[18] Conforme notícia veiculada no Portal Jota: POMPEU, Ana. Senacon notifica associações de queijo e leite para apurar aumento abusivo de preços. *Portal JOTA*, São Paulo, 25 mar. 2020. Disponível em: https://bit.ly/2TxPu5H. Acesso em: 2 jul. 2020.

[19] Conforme explica notícia veiculada no sítio eletrônico do Ministério da Justiça e Segurança Pública: BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Senacon firma acordo com entidade de pesquisa para proteger os consumidores de preços abusivos de produtos agropecuários. *Portal eletrônico MJSP*, Brasília, DF, 17 abr. 2020. Disponível em: https://bit.ly/2LO9ZXw. Acesso em: 1 jul. 2020.

de levar a sério mecanismos de desregulação de mercado (como a autorização da Anvisa a produzir álcool líquido de 70% e a produção de máscaras artesanais) e de informação aos consumidores. Nessa esteira, diversas foram as *lives*, com mais de mil pessoas em audiência cada uma, para promover educação dos consumidores em relação ao tema, além das iniciativas da própria Escola Nacional de Defesa do Consumidor (ENDC).

2.3. Portarias

Uma importante preocupação em relação à pandemia é o aumento da judicialização das relações de consumo, que já era um problema antes mesmo da pandemia. De acordo com dados do Conselho Nacional de Justiça, o ano de 2018 terminou com 78,6 milhões de processos judiciais em tramitação, ou seja, aguardando solução definitiva, com uma taxa de congestionamento (percentual de processos que ficaram represados sem solução, comparativamente ao total tramitado no período de um ano) de 67%.[20] Isso significa que, a cada dez ações judiciais que tramitaram, sete continuaram tramitando sem decisão final.

Grande parte das ações em andamento nos juizados especiais são de cunho consumerista. No caso, o assunto mais demandado no juizado especial estadual, em 2018, foi o da "responsabilidade do fornecedor e direito a indenização por dano moral", representando 12,41% das ações e atingindo o número de 937.798 processos somente em 2018, sem contar a fase recursal (na qual também é o assunto mais demandado, atingindo 254.961 ações) ou de execução.

Tendo em vista a necessidade de rearranjo das mais diversas relações de consumo, a pandemia tem potencial de piorar uma situação que já era preocupante. Diante disso, bem como da dificuldade que os consumidores estavam enfrentando, a importância de mecanismos que promovam a desjudicialização por meio de plataformas digitais é ainda maior, pois é necessário pensar "em ferramentas que garantam um cumprimento espontâneo maior dos direitos do consumidor e que,

---

[20] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2019*. Brasília, DF: CNJ, 2019. Disponível em: https://bit.ly/38taEaO. Acesso em: 1º jul. 2020.

em caso de eventuais disputas, existam ferramentas mais baratas para resolvê-las em tempo e modo devido”.[21]

Por isso a ampliação da plataforma “consumidor.gov.br” foi uma prioridade da Senacon. Trata-se de uma plataforma de Estado, sob responsabilidade da Senacon, estabelecida pelo Decreto 8.573/2015,[22] para conciliação entre consumidores e fornecedores na internet, com foco na solução e prevenção de conflitos de consumo. Por meio dessa plataforma, o consumidor se manifesta, a empresa responde em até 10 dias, o consumidor a avalia e todos podem monitorar o desenvolvimento da resolução. O consumidor, por sua vez, pode registrar reclamações contra qualquer uma das empresas participantes do serviço e um dos seus maiores méritos está na negociação direta entre as partes.[23]

Até maio de 2020, a plataforma teve mais de 2,7 milhões de reclamações recebidas pelas 803 empresas credenciadas;[24] cerca de 98% das reclamações foram respondidas pelas empresas dentro de um prazo médio de seis dias e meio (menor do que o prazo determinado de dez dias que as empresas têm para responder às reclamações dos consumidores), com 78% de resolutividade avaliada pelos consumidores, que atribuem 3,3, numa escala de 5, às empresas.

Para ampliar o uso da plataforma durante a pandemia da Covid-19 e reduzir os seus efeitos no que se refere à desjudicialização, foi editada a Portaria Senacon nº 15, de 27 de março de 2020, que determinou o cadastro de empresas para viabilizar a resolução dos conflitos pela plataforma, como uma alternativa aos consumidores afetados pela pandemia. Nesse sentido, 183 novas empresas foram cadastradas na plataforma desde a decretação do estado de

---

[21] TIMM, Luciano Benetti. Por um plano nacional de defesa dos direitos do consumidor. *Revista Consultor Jurídico,* São Paulo, 22 jan. 2019. Disponível em: https://bit.ly/2WX7Bko. Acesso em: 1 jul. 2020.

[22] A base normativa para o funcionamento do consumidor.gov é: Lei nº 8.078/90, Art. 4º, *caput* III e V, Harmonização das Relações de Consumo; Decreto 7.963/2013, Art. 3º I e VI Art. 4º I, Proteção e Defesa do Consumidor como Política de Estado, Harmonização das relações de consumo, Mecanismos alternativos para resolução de conflitos de consumo; Decreto nº 8.573/2015, Institui o sistema alternativo de solução de conflitos de consumo – Consumidor.gov.br; Comitê Gestor – Consumidor.gov.br, Instituído pelo Decreto nº 8.573 e regimento interno – Deliberação nº 1, de 5 de maio de 2016.

[23] Sobre esse assunto, ver: PORTO, Antônio José Maristrello; NOGUEIRA, Rafaela; QUIRINO, Carina de Castro. Resolução de conflitos on-line no Brasil: um mecanismo em construção. *Revista do Direito do Consumidor,* v. 114, p. 295-318, 2017.

[24] Informações de junho de 2014 a maio de 2020, obtidas do SINDEC, do Ministério da Justiça e Segurança Pública.

calamidade. Foi uma iniciativa também decorrente de uma segunda portaria, de nº 156 de 1º de abril de 2020,[25] sobre a não aplicação de multa a empresas pelo não cumprimento das metas de atendimento dos SACs em decorrência da política de distanciamento promovida por inúmeros governadores e prefeitos.

Outra ação da Secretaria em prol da desjudicialização consiste na proposição ao Conselho Nacional de Justiça, bem como a diversos Tribunais de Justiça Estaduais, e mesmo a entidades privadas sem fins lucrativos que desejem atuar pro bono, do uso de mediação como ferramenta mais adequada de solução de disputas nesse momento.

Além das Portarias indicadas, cabe mencionar também a Portaria Senacon nº 14/2020, que prevê a concessão de 25% de desconto em caso de pagamento antecipado da multa estabelecida pelo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, a fim de agilizar a arrecadação e a destinação de fundos para o Fundo de Direitos Difusos (FDD), também gerido pela Senacon, que recentemente celebrou o Termo de Execução Descentralizada nº 01/2020 para repassar recursos para o Ministério da Saúde.

3. Conclusão

A pandemia da Covid-19 impôs inúmeros rearranjos nas relações de consumo. O presente artigo buscou apresentar as principais ações adotadas pela Senacon no primeiro semestre de 2020 para endereçar os principais problemas decorrentes da pandemia.

No caso, os primeiros problemas decorrentes da pandemia endereçados pela Secretaria envolviam os mercados turístico e aéreo. Justamente para dirigir a necessidade de parâmetros mínimos a serem adotados na remarcação e no cancelamento de voos, e posteriormente, de outros serviços, foi negociado um Termo de Ajustamento de Conduta com os critérios a serem adotados pelas empresas aéreas nacionais.

[25] Portaria do Ministério da Justiça e Segurança Pública nº 156, de 1º de abril de 2020. Suspende, temporária e excepcionalmente, o tempo máximo para o contato direto com o atendente no Serviço de Atendimento ao Consumidor — SAC, previsto na Portaria nº 2.014, de 13 de outubro de 2008, do Ministério da Justiça.

A Senacon também firmou acordos com empresas de intercâmbio e com as principais produtoras de eventos do Brasil, e, assim como no acordo com as empresas aéreas, contou com a intermediação, a depender da competência, dos Ministérios Públicos Estadual, Distrital ou Federal.

Além disso, a Senacon editou a Portaria 15/2020 para promover uma maior adesão à plataforma “consumidor.gov.br” durante a pandemia e evitar um aumento ainda maior da judicialização das relações de consumo. Também foi editada a Portaria 14/2020, que prevê um desconto de até 25% para empresas que pagarem antecipadamente as multas impostas pelo Departamento de Proteção e Defesa ao Consumidor. Essa receita foi e é destinada ao FDD, fundo gerido pela Senacon, que firmou acordo com o Ministério da Saúde para destinar verbas ao combate da pandemia.

Outro ponto a ser mencionado é a elaboração de diversas notas técnicas destinadas aos principais problemas da pandemia, como o aumento abusivo de preços, a suspensão de aulas em escolas, dentre outros. Essas notas objetivam orientar consumidores, empresas e o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, o que é de extrema importância nesse momento. Além disso, a Secretaria continua investigando denúncias relacionadas a supostos aumentos abusivos de preços e outras práticas contra consumidores.

De acordo com as suas atribuições legais, cabe à Senacon desenhar a política nacional das relações de consumo, fiscalizar o cumprimento da lei federal em práticas que tenham repercussão em todo o território do país, harmonizar as relações no mercado, viabilizar mecanismos rápidos e alternativos de solução de disputas e articular políticas públicas com outros entes federais, particularmente agências reguladoras e outros ministérios. Assim, a Secretaria tem tomado todas as providências necessárias ao cumprimento de tais atribuições, trabalhando em defesa do consumidor e redobrando esforços para alcançar as melhores soluções neste momento delicado de enfrentamento à pandemia.

Referências

BRASIL. *Acordo de Cooperação Técnica nº 016/2019*. Acordo de cooperação técnica entre o Conselho Nacional de Justiça e o Ministério da Justiça e Segurança Pública, por meio da Secretaria Nacional do Consumidor (Senacon), para incremento de métodos autocompositivos, mediante plataformas on-line, para solução de controvérsias consumeristas. Brasília, DF: Ministério da Justiça, 2019.

______. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2019*. Brasília, DF: CNJ, 2019. Disponível em: https://bit.ly/38taEaO. Acesso em: 1º jul. 2020.

______. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Ministério solicita informações sobre aumento no preço do álcool gel e máscaras. *Portal eletrônico MJSP,* Brasília, DF, 18 mar. 2020. Disponível em: https://bit.ly/3cZwaGm. Acesso em: 1º jul. 2020.

______. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Portaria nº 156, de 1º de abril de 2020. Suspende, temporária e excepcionalmente, o tempo máximo para o contato direto com o atendente no Serviço de Atendimento ao Consumidor – SAC, previsto na Portaria nº 2.014, de 13 de outubro de 2008, do Ministério da Justiça. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2 abr. 2020.

_______. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Senacon firma acordo com entidade de pesquisa para proteger os consumidores de preços abusivos de produtos agropecuários. *Portal eletrônico MJSP,* Brasília, DF, 17 abr. 2020. Disponível em: https://bit.ly/2LO9ZXw. Acesso em: 1º jul. 2020.

______. *Processo 08012.000701/2020-73*. Assunto: Defesa do consumidor: Ajustamento de Conduta de Empresas. Termo de Ajustamento de Conduta firmado com: ABEAR – Associação Brasileira das Empresas Aéreas; Tam Linhas Aéreas S.A., Gol Linhas Aéreas S.A.; Passaredo Transportes Aéreos S.A.; Azul Linhas Aéreas S.A.; União (representada pela Secretaria Nacional do Consumidor); Ministério Público Federal e Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Brasília, DF, 2020.

______. Secretaria Nacional do Consumidor. *Nota Técnica nº 1/2020/GAB-DPDC/DPDC/SENACON/MJ*, de 31 de março de 2020. Versa sobre o pagamento de mensalidades de berçários e creches durante o período de pandemia do coronavírus (Covid-19). Brasília, DF: Senacon, 2020.

BRASIL. Secretaria Nacional do Consumidor. *Nota Técnica nº 14/2020/CGEMM/DPDC/SENACON/MJ*, de 25 de março de 2020. Versa sobre a suspensão das aulas presenciais em instituições de ensino. Brasília, DF: Senacon, 2020.

______. Secretaria Nacional do Consumidor. *Nota Técnica nº 20/2020/CGEMM/DPDC/SENACON/MJ*, de 2 de abril de 2020. Versa sobre os efeitos jurídicos nas relações de consumo no tocante aos direitos dos consumidores que contrataram serviços com academias e centros de atividade física, mas que tiveram as aulas suspensas em razão do risco de propagação de Covid-19. Brasília, DF: Senacon, 2020.

______. Secretaria Nacional do Consumidor. *Nota Técnica nº 2/2020/GAB-SENACON/SENACON/MJ*. Nota Interministerial publicada em 6 de março de 2020 em conjunto com os ministérios do Turismo, da Economia e da Saúde. Brasília, DF: Senacon, 2020.

______. Secretaria Nacional do Consumidor. *Nota Técnica nº 24/2020/ASSESSORIA-SENACON/GAB-SENACON/SENACON/MJ*. Versa sobre a MP nº 948. Brasília, DF: Senacon, 2020.

______. Secretaria Nacional do Consumidor. *Portaria nº 14, de 19 de março de 2020*. Disciplina a incidência de fator de redução no pagamento de multas aplicadas pela Secretaria Nacional do Consumidor em caso de renúncia, pelo infrator, ao direito de recorrer da decisão administrativa de que trata o art. 46 do Decreto nº 2.181, de 20 de março de 1997. Brasília, DF: Senacon, 2020.

______. Secretaria Nacional do Consumidor. Portaria nº *15, de 27 de março de 2020*. Determina o cadastro de empresas na plataforma Consumidor.gov.br para viabilizar a mediação via internet, pela Senacon, dos conflitos de consumo notificados eletronicamente. Brasília, DF: Senacon, 2020.

______. Secretaria Nacional do Consumidor. Recomendações da Senacon para remarcação de viagens: nota à imprensa. *Portal eletrônico MJSP*, São Paulo, 14 mar. 2020. Disponível em: https://bit.ly/2TvUsQB. Acesso em: 2 jul. 2020.

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS. *Impacto econômico do Covid-19*: propostas para o turismo brasileiro. Rio de Janeiro: FGV, 2020. Disponível em: https://bit.ly/31sEk6Z. Acesso em: 1º jul. 2020.

MANKIW, N. Gregory. *Principle of microeconomics*. 6. ed. Mason: South-Western Cengage Learning, 2012.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

PORTO, Antônio José Maristrello; NOGUEIRA, Rafaela; QUIRINO, Carina de Castro. Resolução de conflitos on-line no Brasil: um mecanismo em construção. *Revista de Direito do Consumidor,* v. 114, p. 295-318, 2017.

POMPEU, Ana. Senacon notifica associações de queijo e leite para apurar aumento abusivo de preços. *Portal JOTA,* São Paulo, 25 mar. 2020. Disponível em: https://bit.ly/2TxPu5H. Acesso em: 2 jul. 2020.

SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS. Impactos recentes do coronavírus no segmento de turismo de negócios e eventos. [S. l.]: Sebrae, 2020a. Disponível em: https://bit.ly/2NDepS0. Acesso em: 2 jul. 2020.

SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS. *O impacto da pandemia de coronavírus nos pequenos negócios*. 2. ed. [S. l.]: Sebrae, 2020b. Disponível em: https://bit.ly/3ghQq7Q. Acesso em: 1º jul. 2020.

TIMM, Luciano Benetti. *Covid-19 e atuação da Senacon:* por uma política pública baseada em evidências científicas. O Estado de S. Paulo, São Paulo, 11 abr. 2020.

______. *Impactos da pandemia do coronavírus para os consumidores*. O Estado de S. Paulo, São Paulo, 20 mar. 2020.

TIMM, Luciano Benetti. *Políticas públicas para o consumidor em tempos de Covid-19*. O Estado de S. Paulo, São Paulo, 7 maio 2020.

______. Por um plano nacional de defesa dos direitos do consumidor. *Revista Consultor Jurídico,* São Paulo, 22 jan. 2019. Disponível em: https://bit.ly/2WX7Bko. Acesso em: 1º jul. 2020.

Teoria da qualidade e o dever de segurança à saúde no fornecimento de produtos e serviços em tempos da pandemia da Covid-19

Paulo Garcia[1]
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: 1. Introdução; 2. Novos contornos ao dever de segurança à saúde; 3. Breve análise dos protocolos de segurança e das correlatas decisões judiciais proferidas por ocasião da pandemia da Covid-19; 4. Conclusões; Referências.

1. Introdução[2]

Em tempos de pandemia da Covid-19, a população mundial está a enfrentar riscos e danos à saúde sobremodo graves, não havendo até aqui respostas científicas satisfatórias ao eficaz combate dessa doença altamente contagiosa, transmissível por meio de simples secreções respiratórias, a partir de gotículas que podem ficar em superfícies ou suspensas no ar.

A questão é complexa e o caminho que tem sido atualmente trilhado com maior intensidade é o da prevenção da doença. Inúmeras medidas já foram adotadas,[3] de modo que se observa a construção de

---

[1] Especialista em Direito do Consumidor pela Escola Paulista da Magistratura. Mestre e Doutorando em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor do curso de especialização em Direito do Consumidor da Escola Paulista da Magistratura. Professor convidado na PUC/SP-COGEAE.

[2] Alguns trechos do presente artigo foram previamente publicados no livro *Direito em tempos de crise*: Covid-19. CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro et al. (orgs.). *Direito em tempos de crise*: Covid-19. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2020. v. 5.

[3] Isolamento, quarentena, distanciamento social, suspensão temporária das atividades do comércio, restrição de acesso aos estabelecimentos, imposição de uso de máscaras e outros equipamentos de proteção etc.

uma nova ordem econômico-social voltada à preservação da saúde e da vida das pessoas, na esperança de se obstar o crescimento dos efeitos danosos do fenômeno.

Espaços físicos utilizados para fornecimento de produtos ou serviços, tais como meios de transporte público, estabelecimentos comerciais, cinemas, teatros, estádios de esportes, casas de show e quaisquer outros lugares que possibilitam aglomeração de pessoas foram qualificados como potenciais superpropagadores do novo coronavírus (Sars-CoV-2).

Por conta disso, diversas restrições afetam o comércio, mas sem o propósito de fazer cessar as atividades do mercado de consumo. Fornecedores e consumidores — agentes econômicos por excelência[4] – continuam a manter relações negociais, tanto por meio do comércio eletrônico, quanto, de maneira mais restrita, no âmbito daqueles estabelecimentos comerciais que ostentam autorização para funcionamento de seu espaço físico com acesso aos clientes presenciais.

Em detrimento da atividade econômica, a tutela da saúde tem sido preocupação prioritária, escolha que não pode ser considerada aleatória, uma vez que a preservação da integridade psíquico-física do ser humano está alçada a princípio constitucional, de natureza de direito fundamental, com expressa menção nos artigos 6º e 196 da CF.

Enquanto princípio jurídico constitucional, é importante esclarecer que não se trata de uma garantia de não se enfermar, mas de uma aspiração a não se enfermar, a manter a integridade psíquico-física do sujeito.[5] Nesse particular, as diversas normas não podem deixar de olvidar a tutela da saúde, seja como um objetivo a se alcançar, seja como uma otimização da conduta humana que regulam. Também não se restringe o princípio à atuação estatal, bastando a simples menção da já reconhecida eficácia horizontal dos direitos fundamentais para sustentar, em um primeiro raciocínio, a observância da tutela da saúde pelos sujeitos em suas relações privadas.

---

[4] NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 357.

[5] LORENZETTI, Ricardo Luis. *Responsabilidade civil de los médicos*. 2. ed. rev. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2016, p. 193.

De todo modo, certo é que, no âmbito das relações de consumo, a saúde tem sua tutela infraconstitucional a partir do artigo 6º do CDC, a fim de impedir a atuação dos fornecedores de produtos ou serviços que coloque em risco a saúde do consumidor.

Aliás, a tutela da saúde nas relações de consumo não configura assunto trazido pela pandemia, pois há muito tem sido tratada com a devida profundidade e precisão, com destaque para a consagrada teoria da qualidade apresentada por Herman Benjamin, segundo o qual, nas relações de consumo, duas órbitas distintas devem ser observadas no que diz respeito à qualidade:

> a primeira centraliza suas atenções na garantia da incolumidade físico-psíquica do consumidor, protegendo sua saúde e segurança, ou seja, preservando sua vida e integridade contra os acidentes de consumo provocados pelos riscos de produtos e serviços. Esta órbita, pela natureza do bem jurídico tutelado, ganha destaque em relação à segunda. [...] a segunda categoria denominaremos vícios de qualidade por inadequação. Tem ela a ver, por um lado, com o desempenho dos produtos e serviços, ou seja, com o cumprimento de sua finalidade em acordo com a expectativa legítima do consumidor. De outro lado, manifesta-se com um caráter de durabilidade, isto é, a garantia de que o produto ou serviço não perderá, total ou parcialmente, de forma prematura, sua utilidade, também em sintonia com a expectativa legítima do consumidor.[6]

Porquanto seus agentes estão no mercado e não estão imunes aos efeitos da pandemia, o Direito do Consumidor, por óbvio, não poderia ficar inerte ao atual problema da tutela da saúde por conta do enfrentamento da Covid-19, principalmente no que diz respeito aos interesses dos consumidores.

Nesse contexto, surgem algumas indagações: qual o nível de segurança com a saúde dos consumidores deve ser exigido dos fornecedores

---

[6] BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 147-158.

de produtos e serviços no atual mercado de consumo no que diz respeito à contaminação pelo novo coronavírus? Ou, considerando os termos da teoria da qualidade, o que caracterizará o vício de qualidade por insegurança no que se refere ao risco à saúde em decorrência da Covid-19?

São essas as questões que aqui se pretende enfrentar.

2. Novos contornos ao dever de segurança com a saúde

Nas relações de consumo, é reconhecido o direito básico do consumidor de proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos. (art. 6º, CDC), com acréscimos das regras gerais e específicas de segurança do consumidor.[7]

Conforme pondera Fábio Konder Comparato, o

> mais importante nas relações de consumo é a proteção da saúde ou segurança do consumidor; a civilização industrial, se por um lado, deu ao homem instrumentos decisivos de domínio sobre as forças naturais, por outro, suscitou um sem-número de riscos insuspeitados de danos à saúde ou à incolumidade públicas.[8]

A proteção legal abrange tanto riscos pessoais quanto riscos patrimoniais, considerando-se o direito à segurança como espécie de direito geral de não sofrer danos, ao qual corresponde o dever geral de proteção à vida, à pessoa e ao patrimônio do consumidor.[9] Produz efeito

---

[7] O dever de segurança nas relações de consumo configura um dever amplo, sem vinculação necessária às relações contratuais, que compreende além dos fornecedores, também a atuação estatal (art. 4º, inciso II, alínea d, do CDC).

[8] COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor,* v. 77, p. 27-46, 2011.

[9] MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor.* 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 212.

sobre todo o correlato microssistema[10] — tanto no âmbito das relações difusas ou coletivas de consumo, em que existe o desenvolvimento de atividades empresariais voltadas para o consumo, mas sem presença de qualquer consumidor; quanto em matéria de trato negocial, em que se verifica a presença de um consumidor individualizado, situação em que o dever geral passa a ser funcionalizado por meio da *cláusula geral de segurança,* ora vinculando correlato dever à prestação principal, ora posicionando-o lateralmente por meio dos deveres acessórios, com acentuada autonomização.

Jean Calais-Auloy esclarece que as disposições decorrentes do dever de segurança que, sem dúvida, são limitações à liberdade do comércio e da indústria, repartem-se em três vertentes:[11] prevenção, reparação[12] e repressão.[13]

A questão da pandemia coloca em destaque a primeira vertente, ou seja, das medidas preventivas de observância obrigatória pelo fornecedor a fim de se evitar que produtos e serviços colocados no mercado produzam danos ao consumidor. Neste sentido, como percebe Bruno Miragem, prevenir significa não só eliminar, como também reduzir, antecipadamente, causas capazes de produzir um determinado resultado danoso.[14]

Prosseguindo-se um pouco mais no raciocínio teórico, aponta-se, a partir dessa vertente preventiva da obrigação de segurança, a concreção de vários deveres típicos e atípicos, dentre eles o *dever de organizar a atividade de fornecimento do produto ou serviço de forma segura*,[15] fenômeno que representa um dos mais importantes deveres

---

[10] Esclarece Bruno Miragem que a garantia de segurança será ao mesmo tempo um princípio da atuação do Estado (artigo 4º, II, "d") e direito básico do consumidor (artigo 6º, I). E constituirá dever do fornecedor relativamente aos produtos e serviços oferecidos no mercado (artigos 8º a 10), na proibição da publicidade abusiva (artigo 37, §2º). Ao mesmo tempo, vai fundamentar a imposição de sanções administrativas (artigo 58) e penais (artigos 63 a 66, e 68) (MIRAGEM, Bruno, op. cit., p. 212).

[11] CALAIS-AULOY, Jean. Sécurité des consommateurs. *In:* GHESTIN, Jacques (org.). *Sécurité des consommateurs et responsabilité du fait des produits défectueux*. Paris: LGDJ, 1987, p. 227. (Collection Thèses. Sous-collection Bibliothèque de droit privé).

[12] A reparação dá ensejo a responsabilidade por fato do produto ou serviço.

[13] As medidas repressivas de natureza administrativa têm previsão nos artigos 56 e ss. do CDC, enquanto as medidas repressivas de natureza penal estão contempladas nos artigos 63 e ss. do CDC.

[14] MIRAGEM, Bruno, op. cit., p. 225-226.

[15] No que diz respeito à organização, representa ela uma prestação secundária instrumental da prestação principal e, conforme ensina Menezes Cordeiro, tem um aspecto característico, de conduzir

de proteção da atualidade, tendo em vista que grande parte da atividade empresarial é desenvolvida perante o consumidor em uma dimensão espacial física.

Um ambiente de fornecimento seguro é aquele que respeita o *dever sanitário*,[16] conforme se depreende do §2º, artigo 8º, do Código de Defesa do Consumidor, norma que impõe ao fornecedor o dever de higienizar os equipamentos e utensílios utilizados no fornecimento de produtos ou serviços, ou colocados à disposição do consumidor, e informar, de maneira ostensiva e adequada, quando for o caso, sobre o risco de contaminação.[17]

Nesse ponto chegamos à discussão quanto à necessidade de observância de medidas preventivas à contaminação pela Covid-19, se não para eliminar o risco, na ausência de resposta científica para tanto, ao menos para reduzir, antecipadamente, as causas capazes de produzir um determinado resultado danoso.

Essa discussão parte do pressuposto de que o direito básico do consumidor à proteção da vida, saúde e segurança está concebido em uma *estrutura normativa de cláusula geral*,[18] a qual implementa uma nova dinâmica ao conteúdo obrigacional, de modo a permitir a

---

à montagem de uma estrutura que, depois, vai articular os interesses das pessoas envolvidas. (CORDEIRO, Menezes. *Tratado de direito civil português:* direito das obrigações: introdução, sistemas e direito europeu das obrigações, dogmática geral. Coimbra: Almedina, 2009, t. 1, v. 2, p. 518).

[16] Conforme ressalta Carlos Ferreira de Almeida, "as mais antigas medidas de proteção dos consumidores são aquelas que, ainda antes da vulgarização desta ideia como tal, são impostas por razões de saúde pública" (ALMEIDA, Carlos Ferreira. *Os direitos dos consumidores*. Coimbra: Almedina, 1982, p. 49).

[17] O mesmo dever sanitário configura medida de aplicação do dever de segurança no ordenamento francês, previsto no art. L412-1, do *Code de la consommation*, o qual estabelece a observância de condições higiênico-sanitárias pelas pessoas envolvidas na fabricação, processamento, transporte, armazenamento ou venda de produtos, com ênfase para os operadores de alimentos e rações em todos os estágios de produção, processamento e distribuição, incluindo importações e exportações, de produtos e gêneros alimentícios de origem animal ou não, e gêneros não alimentícios de origem animal ou que contenham produtos de origem animal.

[18] Da lição de Judith Martins-Costa extraímos que a expressão cláusula geral vem do alemão *Generalklauseln*. Em seu ambiente de origem, indica, no mínimo, uma estrutura normativa cuja prescrição é vaga na hipótese, isto é, cujo conteúdo não está previamente descrito. Com ênfase à cláusula geral da boa-fé, tal qual trabalhada pela jurisprudência alemã, Judith Martins-Costa aponta que ela serviu para evidenciar a complexidade do conteúdo da relação obrigacional e o seu intrínseco dinamismo, o que veio a ser objeto da reflexão civilista notadamente na segunda metade do século XX. (MARTINS-COSTA. *A boa-fé no direito privado:* critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 135 e ss).

[19] Mario Júlio de Almeida Costa aponta a visão complexa e dinâmica, que encara a relação obrigacional

conformação das relações jurídicas à evolução das circunstâncias, dando funcionalidade às sequências estruturais do vínculo negocial.[19]

É de se recordar que esse modelo normativo foi inicialmente desenvolvido quando do enfrentamento de outra grande crise, a saber, aquela decorrente dos efeitos da 1ª Guerra Mundial, a partir da qual a jurisprudência civilista alemã começou, com calma e refletida ponderação, a preencher as cláusulas gerais com uma nova ética jurídica e social e, assim, a adaptar a ordem jurídica burguesa à evolução social.[20] Desse modo, a cláusula geral consolidou-se como uma estrutura normativa mais apta a oferecer respostas às mutações da sociedade, permitindo um ordenamento jurídico permanentemente atualizado e aberto à experiência concreta.[21]

A dinâmica da relação obrigacional, que se mostra possível em virtude do modelo de cláusulas gerais incorporado ao sistema vigente, viabiliza tanto uma nova modulação aos deveres de proteção típicos, como o surgimento de novas figuras, corporificadas de modo a fazer frente às variações circunstanciais dos perigos que se apresentam aos contratantes.[22]

No contexto da dinâmica da atividade empresarial, por exemplo, impõe-se ao empresário um papel ativo frente à evolução dos riscos,

---

como um sistema, organismo ou processo, sendo formada por duas ideias que se complementam, ou seja, dois tópicos em conexão, mas cindíveis analiticamente: "a integração de múltiplas faculdades e situações num direito ou relação, isto é, o seu entendimento como um organismo ou mecanismo (Gefüge) que permite a consecução de fins determinados; e a conformação das relações jurídicas à evolução das circunstâncias, quer dizer, a sua compreensão como processo ou sequências teleologicamente estruturadas." (COSTA, Mario Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 12. ed. Coimbra: Almedina, 2019, p. 75-76). Entre nós, destaca-se a precedência da obra A obrigação como processo de Clovis do Couto e Silva, apresentada originalmente em 1964 como tese de livre-docência na Faculdade de Direito Universidade Federal do Rio Grande do Sul (SILVA, Clovis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2006).

[20] WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 4. ed. Tradução: A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010, p. 546).

[21] CACHAPUZ, Maria Claudia Mércio. A construção de um conceito de privacidade, as cláusulas gerais e a concreção de direitos fundamentais. *In:* MARTINS-COSTA, Judith (coord.). *Modelos de direito privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 56.

[22] Ensina Carlos Alberto da Mota Pinto que a concretização dos deveres de proteção depende da verificação de pressupostos variáveis que, à luz do fim do contrato, adquirem essa eficácia. E não só o seu aparecimento: também o seu conteúdo interno, intensidade e duração dependem das circunstâncias atuais. (PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Cessão da posição contratual*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 346).

[23] CABANILLAS SANCHEZ, Antonio. *Los deberes de protección del deudor en el derecho civil, en el*

o que o obriga a uma progressiva adaptação das medidas adotadas em matéria de saúde e segurança, incluindo ações permanentes para aperfeiçoar os níveis de proteção existentes.[23] Um perigo, antes desconhecido, a partir do momento em que se torna previsível e faz parte do risco de determinada atividade, deve ser enfrentado sob o fundamento do princípio da prevenção.[24]

Quanto ao critério para tal raciocínio, conforme proposto por André Rodrigues Corrêa, "interessa identificar se o evento lesivo em questão possui uma ocorrência quantitativa relevante, isto é, se é um fenômeno recorrente na sociedade, se corresponde a um risco com probabilidade significativa de ocorrência".[25]

E, quanto aos riscos de contágio da Covid-19, não há dúvidas de que existe uma ocorrência quantitativa relevante do evento lesivo, de modo a exigir a imposição de condutas com a finalidade de reduzir, antecipadamente, as causas capazes de produzir um determinado resultado danoso.

Nesse particular, não se advoga uma obrigação de garantia com relação ao vírus, isto é, esperar do fornecedor um resultado tal que o consumidor não correrá risco algum de contágio quando presente em algum estabelecimento comercial. Como destaca Jean Calais-Auloy, o advérbio "legitimamente" significa que o público não pode esperar uma segurança absoluta, mas ter em conta as condições normais de uso ou outras condições razoavelmente previsíveis para o profissional.[26]

Certas condutas que legitimamente são esperadas dos fornecedores estão previstas na Lei 13.979, de 6 de fevereiro de 2020,

---

mercantil y en el laboral. Madrid: Civitas, 2000, p. 381, 385.

[24] Conduta que se coaduna com o dever de segurança, em decorrência do princípio da prevenção, é aquela objeto da notícia referente ao hotel que, logo depois do suicídio de uma cliente, que saltou para a morte do alto do vão livre central interno, mandou instalar uma rede de proteção antiqueda na base do referido vão. (SAMPAIO, Paulo. Após suicídio de jovem, hotel instala rede proteção antiqueda no hall. *Blog do Paulo Sampaio,* 12 jul. 2017. Disponível em: https://bit.ly/3hbzLSG. Acesso em: 7 set. 2020).

[25] CORREA, André Rodrigues. Ato violento de terceiro como excludente de responsabilidade do transportador: qual a causa desse entendimento jurisprudencial defeituoso? *In:* MARTINS-COSTA, Judith (coord.). *Modelos de direito privado.* São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 341-384.

[26] CALAIS-AULOY, Jean. Sécurité des consommateurs. *In:* GHESTIN, Jacques (Org.). *Sécurité des consommateurs et responsabilité du fait des produits défectueux*. Paris: Paris: LGDJ, 1987, p. 226.

[27] MALFATTI, Alexandre David. A efetivação dos direitos básicos à educação e à informação do consu-

dentre as quais merecem destaque o *isolamento* de pessoas doentes ou contaminadas, além de bagagens, meios de transportes, mercadorias ou encomendas postais afetadas (art. 2º, I e art. 3º, I); a *quarentena*, que acarreta a restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes, ou de bagagens, contêineres, animais, meios de transporte ou mercadorias suspeitos de contaminação, de maneira a evitar a possível contaminação ou a propagação do coronavírus (art. 2º, II e art. 3º, II); e *o uso obrigatório de máscaras de proteção individual* (art. 2º, II e art. 3º, III-A).

Há previsão legal, ainda, de um dever de informação específico dirigido aos estabelecimentos comerciais, por meio da fixação cartazes informativos sobre a forma de uso correto de máscaras e o número máximo de pessoas permitidas ao mesmo tempo dentro do estabelecimento (art. 3º-B § 5º, da Lei 13.979/2020).

Ademais, não se pode ignorar que, no atual cenário, existe não só o aumento dos riscos à saúde do consumidor, como também o agravamento da assimetria informacional, exigindo do fornecedor a ampliação do conteúdo relativo ao dever de informação, a fim de se ajustar às novas situações fáticas decorrentes da pandemia. Conforme enfatiza Alexandre David Malfatti,

> o consumidor terá necessidade adicional de educação e informação, porque o ato de consumir envolverá seus direitos (fundamentais e básicos) à vida e à saúde. Mais do que isso. O consumidor deverá ser capaz de respeitar também os demais consumidores, igualmente atingidos pelos novos desafios.[27]

Na Lei 13.979/2020, é possível também destacar, quanto ao setor privado de bens e serviços, a necessidade de adoção de medidas de prevenção à proliferação de doenças, como a assepsia de locais de circulação de pessoas e do interior de veículos de toda natureza usados

---

midor: apontamento em função da pandemia do coronavírus (Covid-19). *In: Direito do consumidor:* reflexões quanto aos impactos da pandemia da Covid-19. São Paulo: EPM, 2020.

[28] Além das orientações formuladas pela Organização Mundial de Saúde, da qual o Brasil é participan-

em serviço e a disponibilização aos usuários de produtos higienizantes e saneantes (art. 3º-H, da Lei 13.979/2020).

Portanto, enquanto perdurar o *novo normal*, impõe-se aos fornecedores a observância dos protocolos de segurança,[28] o que implica eventual abstenção de funcionamento, uso de máscaras pelos funcionários, disponibilização gratuita de produtos desinfetantes eficazes; isolamento de funcionários, higienização de objetos compartilhados, vedação de acesso de pessoas em situação suspeita de contágio,[29] limitação de acesso simultâneo de consumidores ou a exigência de uso de máscara quando do ingresso e permanência no estabelecimento comercial.[30]

Não se trata de rol exaustivo, mas exemplificativo, ou seja, sem prejuízo da adoção de outras condutas visando o cumprimento do dever sanitário e de organização do espaço de modo seguro.[31]

Nesse particular, importante a atuação dos órgãos públicos que, por força do artigo 4º, inciso II, alínea "d", do CDC, ostentam também o dever de proteção da saúde e segurança dos consumidores, motivo pelo qual, havendo a imposição de certas condutas pelo Poder Público, a questão vai além da simples liberdade econômica, porque relacionada a direitos e interesses difusos e coletivos.[32]

---

te, são inúmeras as resoluções e normas técnicas publicadas pela Anvisa com medidas sanitárias de prevenção e controle do novo coronavírus (SARS-CoV-2) para compulsória observância no desenvolvimento de específicas atividades industriais, comerciais e de serviço (https://bit.ly/326XmQe).

[29] No âmbito dos contratos de transporte, pode-se mencionar o dever sanitário que autoriza o transportador a recusar aquele que não estiver em condições de higiene ou de saúde, a fim de preservar a integridade dos passageiros (artigo 739, do Código Civil), o que pode ser estendido aos demais estabelecimentos comerciais.

[30] Quanto ao uso obrigatório de máscaras de proteção facial, o Decreto Estadual 64.959, de 4 de maio de 2020, estabelece que seu uso constitui condição de ingresso, frequência ou permanência no interior de estabelecimentos comerciais (art. 1º, § 2º), o que autoriza a vedação de acesso daquele consumidor que não observa referida medida preventiva, bem como a retirada daquele que já ingressou no recinto empresarial, mas se nega a permanecer com a máscara. Há, pois, a imposição de deveres aos consumidores para a proteção de outros consumidores.

[31] Interessante iniciativa do Hospital Israelita Albert Einstein diz respeito à concessão de um selo de certificação aos estabelecimentos comerciais em situação de respeito a todas as regras dos protocolos de segurança, de modo a informar ao consumidor a situação de segurança no comércio físico (Selo CovidAudit). Disponível em: https://bit.ly/3haKlJJ. Acesso em: 7 set. 2020.

[32] Nesse sentido, o Decreto Estadual 64.959, de 4 de maio de 2020, estabelece a imposição das penas previstas no Código Sanitário do Estado, sem prejuízo da aplicação das penalidades administrativas e cíveis do Código de Defesa do Consumidor aos estabelecimentos comerciais que descumprirem as medidas preventivas dispostas em referido diploma normativo.

[33] MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor:* o novo regime das relações

Ademais, configurado esse interesse de uma coletividade, a ação do Ministério Público e das Associações de Defesa dos Consumidores assume relevante função na prevenção de danos.[33] Não obstante, a falta de observância das condutas impostas em aplicação da cláusula geral de segurança está apta a representar ato ilícito passível de desencadear, inclusive, a figura do dano moral coletivo,[34] principalmente caso venha determinado estabelecimento comercial a transformar-se em foco de superpropagação do novo coronavírus em razão da falta de adoção das medidas de prevenção.

De todo modo, sem esquecer da função primordial da responsabilidade consistente na reparação de danos, importante é, como elucida Teresa Ancona Lopez, seu papel preventivo, enquanto função automática do instituto, pela crença legítima da sanção pecuniária que ela engendra, mas também enquanto instrumento anterior ao dano, a fim de se evitar as lesões iminentes, o que se efetiva por meio da edição de obrigações gerais de segurança que tem como um de seus desdobramentos o dever de prover segurança contratual[35] tanto contra os riscos conhecidos (prevenção) como em relação aos riscos não definidos (precaução).[36]

3. Breve análise dos protocolos de segurança e das correlatas decisões judiciais proferidas por ocasião da pandemia da Covid-19

A aplicação de protocolos de segurança, com critérios de isolamento, padrões sanitários, utilização de equipamentos de proteção,

---

contratuais. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 1417.

[34] Dano moral coletivo, na lição de Sérgio Cavalieri Filho, consiste “no sentimento de desapreço que afeta negativamente toda a coletividade pela perda de valores essenciais; sentimento coletivo de comoção, de intranquilidade ou insegurança pela lesão a bens de titularidade coletiva, como o meio ambiente, a paz pública, a confiança coletiva, o patrimônio (ideal) histórico, artístico, cultural, paisagístico etc.” (CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 134).

[35] LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 78-79.

[36] TAPINOS, Daphné. *Prévention, précaution et responsabilité civile:* risque avéré, risque suspecté et transformation du paradigme de la responsabilité civile. Paris: L’Harmattan, 2008, p. 377-378.

[37] COVID-19 : estratégia de gestão: instrumento para apoio à tomada de decisão na resposta à pan-

dentre outros, é um procedimento que decorre de experiências anteriores bem-sucedidas no enfrentamento de pandemias semelhantes.

Apesar da produção de efeitos significativos para minimizar os riscos de contaminação, o referido protocolo ainda configura política de redução de danos, cujos efetivos percentuais de eficácia não podem ser adequadamente mensurados, visto que tal raciocínio dependeria, no mínimo, de um cenário em que todas as pessoas fosse responsáveis o suficiente para cumprir os regramentos sanitários, situação que infelizmente não pode ser ventilada.

De fato, o novo coronavírus (Sars-CoV-2) está circulando e sem vacina não há efetiva segurança em relação à doença.

Não obstante, a Organização Mundial de Saúde (OMS) tem proposto, com base em processos de avaliação de riscos disponíveis na literatura científica, o uso de um conjunto de indicadores para avaliar as ameaças e vulnerabilidades do sistema de saúde em âmbito local, relacionadas à capacidade de atendimento e ao cenário epidemiológico, a fim de enquadrar determinada região em um dos cinco níveis de risco propostos (roxo, vermelho, laranja, amarelo, verde), com o correlato protocolo de segurança a ser adotado, formado por uma série de medidas preventivas diversas para cada nível.[37,38]

O nível de risco mais alto é o *roxo*, com medidas de distanciamento de restrição máxima, compreendendo a quarentena, a adoção de distanciamento social ampliado e seletivo, além de medidas básicas e transversais de segurança.

O *vermelho* é o nível de risco alto, que impõe a suspensão de atividades econômicas não essenciais, horários diferenciados de funcionamento dos setores econômicos para reduzir aglomeração no sistema de transporte público, bem como regras próprias de distanciamento social ampliado e seletivo, mais as medidas básicas e transversais de segurança.

---

demia da Covid-19 na esfera local. Brasília, DF: SUS, 2020. Disponível em: https://bit.ly/35iC4Bg. Acesso em: 7 set. 2020.

[38] No estado de São Paulo existe um protocolo próprio semelhante ao da OMS, dividido em cinco fases: fase 1 – vermelha/alerta máximo; fase 2 – laranja/controle; fase 3 – amarela/flexibilização ; fase 4 – verde/abertura parcial; fase 5 – azul/normal controlado (Decreto 64.994, de 28 de maio de 2020).

[39] Agravo de instrumento nº 2070917-15.2020.8.26.0000, Relator: Des. Leonel Costa. Órgão Julgador:

O nível *laranja* é o moderado, representando uma importante fase de transição, pois permite flexibilidade no desenvolvimento das atividades econômicas não essenciais, com limite de acesso e tempo de uso dos clientes, conforme o risco no território, suspensão de atividades escolares presenciais, proibição de qualquer evento que gere aglomeração, conforme avaliação local, adoção de distanciamento social no ambiente de trabalho, horários diferenciados de funcionamento dos setores econômicos para reduzir aglomeração no sistema de transporte público, bem como regras próprias de distanciamento social ampliado e seletivo, além das medidas básicas e transversais de segurança.

O nível *amarelo* indica baixo risco, com adoção de distanciamento social seletivo, em que se evitam as atividades que geram aglomeração de pessoas, mantendo-se somente certas medidas de distanciamento social seletivo.

O nível de risco mais baixo é representado pela cor *verde*, em que se mantêm apenas as medidas básicas e transversais de segurança.

Por conta disso, tem sido comum a discussão a respeito do nível de risco relativo à pandemia da Covid-19 em que se encontra uma determinada região, principalmente quanto às fases de cor vermelha e laranja, que tem como ponto de distinção relevante a suspensão ou não das atividades econômicas não essenciais, debate que tem repercutido em inúmeras demandas judiciais.

De um lado, as empresas que desenvolvem atividades qualificadas como não essenciais postulam o direito de se manter em funcionamento mesmo durante o nível vermelho de risco pandêmico.

Em resposta, o Poder Judiciário do Estado de São Paulo tem reconhecido o valor preponderante do direito à saúde, mantendo a restrição das atividades não essenciais, conforme o nível de risco vigente, de modo que vale transcrever trecho de acórdão Agravo de instrumento nº 2070917-15.2020.8.26.0000, da 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

> No quadro mundial da pandemia do Covid-19, o Chefe do Executivo Nacional, o Presidente da República, está tomando as iniciativas constitucionais para o enfrentamento da emergência da saúde pública, tendo aprovados a Lei 13979/2020 e seu

> regulamento Decreto 10282/2020, implantando excepcionais e transitórias medidas de isolamento e quarentena de pessoas, restrição de atividades não essenciais, limitações emergenciais de direitos e garantias individuais, inclusive da liberdade de comércio e de exercício de trabalho e profissão, entendendo que o momento é de prevalência do bem maior constitucional que é a vida e a saúde das pessoas, como se infere da ordem constitucional e do "caput" do art. 5º da Constituição da República.[39]

Por outro lado, nas localidades em que o Poder Público Municipal tem permitido o funcionamento das atividades econômicas não essenciais, quando o nível de alto risco exige a suspensão desse comércio, o Poder Judiciário tem feito prevalecer a observância da proteção da saúde, impedindo que tais espaços empresariais sejam foco de propagação do novo coronavírus.

Um exemplo a se mencionar, nesse ponto, é a decisão proferida em agravo de instrumento interposto nos autos de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público em face do município de São José dos Campos, a qual determinou a suspensão da eficácia de decreto municipal que estabelecia a possibilidade de funcionamento de serviços e atividades em geral, impondo ao município a obrigação de cumprir o Decreto Estadual 64.881/20, com a adoção das medidas mais restritivas e rigorosas de enfrentamento da pandemia, valendo transcrever o seguinte trecho:

> o Município de São José dos Campos é polo de importância na Região Metropolitana do Vale do Paraíba, de forma que, fora da quarentena, promovendo a aglomeração de pessoas em momento de isolamento social, passaria a atuar como dispersor e propagador da Covid-19 para todas as cidades vizinhas.[40]

8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

[40] Agravo de Instrumento nº 2076383-87.2020.8.26.0000. Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relatora: Des. Maria Olívia Alves.

[41] Agravo de Instrumento nº 2160600-63.2020.8.26.0000, 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de

Por fim, vale a pena registrar a importante decisão proferida nos autos do agravo de instrumento nº 2160600-63.2020.8.26.0000, da 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que determinou o retorno da integralidade da frota de ônibus no município de São Paulo, por considerar que a redução do número de veículos de transporte coletivo acabava por propiciar o aumento de contágio pela Covid-19, com violação à segurança dos usuários:

> A todo esse quadro normativo de progressiva retomada das atividades socioculturais e econômicas não se seguiu qualquer proposta apresentada a público pela Secretaria Municipal de Mobilidade de Transportes SMT que permitisse o deslocamento em segurança por transporte público coletivo. As medidas adotadas são absolutamente incompatíveis: autoriza-se o retorno amplo da circulação de pessoas, mas não os modais a proporcionar a segurança desta circulação.
>
> Não fosse suficiente a manifesta incoerência da atuação do Executivo Municipal, há, a propósito, estudos realizados por autoridades sanitárias e por universidades públicas federais que afirmam ser os ambientes com aglomeração de pessoas (tais como o transporte público coletivo) os mais propícios ao contágio pela Covid-19. Dada a impossibilidade de suspensão da prestação de serviços públicos essenciais, a sua adaptação à realidade emergencial é medida que se impõe.
>
> Cita-se, por oportuno, a instauração, pelo Ministério Público do Estado de São Paulo e pela Defensoria Pública do Inquérito Civil n.º 14.0279.0000074/2020, que culminou no encaminhamento de recomendações à SPTrans, à EMTU, à CPTM e ao Metrô, bem como à Prefeitura Municipal de São Paulo, para que fossem adotadas medidas de segurança e de higienização, bem como revogado o plano de operação monitora que baseia a redução da oferta de transporte na redução da demanda, ignorando normas sanitárias e técnicas para prevenção.
>
> O estudo elaborado com auxílio do Centro de Apoio Técnico (CAEX) inclusive detalha que a taxa

de ocupação dos coletivos (que pelos parâmetros pré-pandêmicos era de 6 pessoas/m²), pelas recomendações da Organização Mundial de Saúde, deve passar a 0,5 pessoas/m². Daí as recomendações do MPSP e da Defensoria Pública do Estado de São Paulo de retorno de 100% da frota de ônibus, bem como criação excepcional de linhas expressas (sem embarque e desembarque ao longo do trajeto) e a fixação de sinalização vertical e horizontal para orientar os passageiros ao distanciamento. Recomendou-se ainda a aferição da temperatura dos passageiros no momento do ingresso, além das medidas rotineiras de limpeza e desinfecção.

Em pesquisa encaminhada pelo Instituto Alberto Luiz Coimbra de Pós-Graduação e Pesquisa de Engenharia (Coppe/UFRJ) à Secretaria de Estado de Transporte do Rio de Janeiro, as medidas de gestão e operação sugeridas vão na direção oposta daquelas adotadas pela Municipalidade de São Paulo.

Naquele estudo concluiu-se pela necessidade de adoção, em resumo, das seguintes medidas: i) obrigatoriedade do uso de máscaras nos transportes e terminais; ii) fornecimento de máscaras, luvas e sanitizantes para todos os funcionários; iii) isolamento do motorista dentro do ônibus por barreira física em material plástico; iv) medição da temperatura de todos os funcionários; v) disponibilização de álcool em gel; vi) higienização do interior dos veículos; vii) para adequado distanciamento sinalização no interior dos veículos, em pontos e em terminais, limitação de assentos; Tais medidas de caráter sanitário foram ainda associadas à sugestão de expansão dos serviços de transporte coletivo (aumento da frota) e à adoção de medidas para sua reorganização (criação de linhas de curta distância e criação de pontos de alívio nas rotas).

Em que pese o estudo tenha por objeto a análise da malha de transporte urbano da região metropolitana do Rio de Janeiro, as conclusões apresentadas são aplicáveis a outras metrópoles, posto que, tal como naquela cidade, na capital paulista

> o ônibus é o meio de transporte mais utilizado pelo paulistano (47%), em gasto médio de 2 horas por dia no deslocamento.[41]

É uma breve e simples menção de recentes decisões judiciais, ainda na forma de liminar, portanto, de cognição superficial e eficácia transitória, mas que já sinalizam o reconhecimento da prevalência da tutela da saúde em detrimento da atividade econômica.[42]

Por enquanto não há protocolo de segurança que justifique abrir todos os estabelecimentos comerciais, situação cuja consequência seria certamente a superpropagação da doença.

Justiça do Estado de São Paulo, Rel. Des. Fernão Borba Franco, 16/07/2020.

[42] Há, ainda, inúmeras reportagens a indicar que o Poder Judiciário tem adotado esse mesmo entendimento em outros casos análogos: "a justiça deu prazo de 48 horas para a prefeitura de Barretos, no interior de São Paulo, fechar lojas de rua, shoppings, restaurantes, bares e salões de beleza, como determina o plano estadual de reabertura das atividades econômicas por causa da pandemia do novo coronavírus" (https://www.terra.com.br/vida-e-estilo/saude/justica-manda-prefeitura-fechar-comercio-e-cumprir-rebaixamento-em-barretos, 24b48512c7dc9d 04d73ff74bc533bd47ac79pmnf.html). "o comércio não essencial em Jundiaí volta a ficar fechado em atendimento a uma Ação Direta de Inconstitucionalidade movida pela Procuradoria Geral de Justiça Estadual, alegando que o funcionamento parcial e controlado dessas atividades contraria as diretrizes estabelecidas pela União e pelo Estado para controle da pandemia do coronavírus" (JUSTIÇA determina o fechamento de comércio não essencial. *Prefeitura de Jundiaí,* Jundiaí, 5 maio 2020. Disponível em: https://bit.ly/3k3jZeN. Acesso em: 7 set. 2020). "A juíza Elizabeth Maria Saad, da 3ª Vara Cível do Tribunal de Justiça do Rio, determinou que o município de Duque de Caxias "se abstenha de expedir qualquer ato administrativo, inclusive normativo, que contrarie as medidas de enfrentamento da propagação decorrente do novo coronavírus (covid-19) previstas nas recomendações da Organização Mundial de Saúde, na legislação nacional e no Decreto Estadual nº 47.006/2020, sem apresentação de laudo técnico favorável ao abrandamento das medidas de isolamento social" (DOLZAN, Marcio. Justiça suspende decreto que autorizou abertura do comércio em Duque de Caxias. Uol, 25 maio 2020. Disponível em: https://bit.ly/2DJlqzs. Acesso em: 7 set. 2020). "No dia 8 de maio, após pedido de liminar em Ação Civil Pública ingressada pelo Ministério Público, o juiz Flávio Ferreira, da Vara da Fazenda Pública da Comarca de Ipatinga, acatou a solicitação do MP e suspendeu os efeitos do decreto que permitia a volta de alguns setores comerciais que ainda não tinham permissão para funcionar" (POR FORÇA de decisão judicial segmentos comerciais permanecerão fechados em Ipatinga. Diário do Aço, Ipatinga, 22 maio 2020. Disponível em: https://bit.ly/2Rjpx8F. Acesso em: 7 set. 2020).

4. Conclusão

Longe de apresentar e analisar todos os problemas jurídicos decorrentes da pandemia da Covid-19, a questão relativa ao dever de segurança tem sua notória importância no atual cenário do mercado de consumo, pois se trata de proteger a vida.

É de se responder, portanto, que, no que diz respeito à contaminação pelo novo coronavírus no atual mercado de consumo, o nível de segurança com a saúde dos consumidores que deve ser exigido dos fornecedores de produtos e serviços é proporcional aquele que o fiel respeito aos protocolos de segurança permitirá alcançar, o que representa um resultado abstrato e, de certo modo, incerto.

Em um cenário no qual se admite somente a redução de danos, voltado a minimizar os riscos de contaminação, o mais importante é exigir dos fornecedores a observância do dever de segurança acima mencionado, dando cumprimento às medidas preventivas estabelecidas pelos órgãos competentes. A inobservância dessas medidas caracterizará o vício de qualidade por insegurança quanto ao risco à saúde em decorrência da Covid-19.

Isto porque, ainda que cumpridas todas as medidas de prevenção, não há estabelecimento comercial absolutamente seguro para o consumidor frequentar no que se refere à transmissibilidade da Covid-19. Não se deve, pois, ter por expectativa legítima de segurança à saúde um ambiente isento de contaminação do novo coronavírus. Essa segurança seria anormal e imprevisível nesse atual momento de pandemia.

Por conta disso, nesse momento crítico em que se busca incessantemente a preservação da vida e da saúde dos indivíduos, a intensificação do dever de segurança, com a observância das medidas preventivas, é a principal resposta que o Direito do Consumidor pode oferecer para dirimir os impactos da pandemia da Covid-19 quanto aos bens existenciais.

Referências

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Os direitos dos consumidores*. Coimbra: Almedina, 1982.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CABANILLAS SANCHEZ, Antonio. *Los deberes de protección del deudor en el derecho civil, en el mercantil y en el laboral*. Madrid: Civitas, 2000.

CACHAPUZ, Maria Claudia Mércio. A construção de um conceito de privacidade, as cláusulas gerais e a concreção de direitos fundamentais. *In:* MARTINS-COSTA, Judith (coord.). *Modelos de direito privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 48-75.

CALAIS-AULOY, Jean. Sécurité des consommateurs. *In:* GHESTIN, Jacques (org.). *Sécurité des consommateurs et responsabilité du fait des produits défectueux*. Paris: LGDJ, 1987. p. 225-233. (Collection Thèses. Sous-collection Bibliothèque de droit privé).

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor,* v. 77, p. 27-46, 2011.

CORDEIRO, Menezes. *Tratado de direito civil português:* direito das obrigações: introdução, sistemas e direito europeu das obrigações, dogmática geral. Coimbra, Almedina, 2009. t. 1, v. 1.

CORREA, André Rodrigues. Ato violento de terceiro como excludente de responsabilidade do transportador: qual a causa desse entendimento jurisprudencial defeituoso? *In:* MARTINS-COSTA, Judith (coord.). *Modelos de direito privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 341-384.

COSTA, Mario Júlio de Almeida. Direito das obrigações. 12. ed. Coimbra: Almedina, 2019.

COVID-19 : estratégia de gestão: instrumento para apoio à tomada de decisão na resposta à pandemia da Covid-19 na esfera local. Brasília, DF: SUS, 2020. Disponível em: https://bit.ly/35iC4Bg. Acesso em: 7 set. 2020.

CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro *et al.* (orgs.). *Direito em tempos de crise:* Covid-19. São Paulo: Quartier Latin, 2020. v. 5.

DOLZAN, Marcio. Justiça suspende decreto que autorizou abertura do comércio em Duque de Caxias. *Uol*, 25 maio 2020. Disponível em: https://bit.ly/2DJlqzs. Acesso em: 7 set. 2020

DUARTE, Marcelo. Selo Covid-free? Hospital vai certificar comércio que respeitar as regras. *Tilt,* 11 jul. 2020. Disponível em: https://bit.ly/3haKlJJ. Acesso em: 7 set. 2020.

JUSTIÇA determina o fechamento de comércio não essencial. *Prefeitura de Jundiaí,* Jundiaí, 5 maio 2020. Disponível em: https://bit.ly/3k3jZeN. Acesso em: 7 set. 2020.

LOPEZ, Teresa Ancona. P*rincípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Responsabilidade civil de los médicos*. 2. ed. rev. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2016.

MALFATTI, Alexandre David. A efetivação dos direitos básicos à educação e à informação do consumidor: apontamento em função da pandemia do coronavírus (Covid-19). *In: Direito do consumidor:* reflexões quanto aos impactos da pandemia da Covid-19. São Paulo: EPM, 2020.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor:* o novo regime das relações contratuais. 9. ed. rev. E atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado:* critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor.* 6. ed. rev. atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PINTO, Carlos Alberto Mota. *Cessão da posição contratual*. Coimbra: Almedina, 2003.

POR FORÇA de decisão judicial segmentos comerciais permanecerão fechados em Ipatinga. *Diário do Aço*, Ipatinga, 22 maio 2020. Disponível em: https://bit.ly/2Rjpx8F. Acesso em: 7 set. 2020

SAMPAIO, Paulo. Após suicídio de jovem, hotel instala rede proteção antiqueda no hall. *Blog do Paulo Sampaio,* 12 jul. 2017. Disponível em: https://bit.ly/3hbzLSG. Acesso em: 7 set. 2020.

SILVA, Clovis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2006.

TAPINOS, Daphné. *Prévention, précaution et responsabilité civile:* risque avéré, risque suspecté et transformation du paradigme de la responsabilité civile. Paris: L'Harmattan, 2008.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 4. ed. Tradução: A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.

II
Da qualidade de produtos e serviços, da prevenção e da reparação dos danos: novas fronteiras à teoria da qualidade

Breves reflexões a respeito dos impactos da pandemia de coronavírus (Covid-19) nas relações contratuais de Direito Privado

Alexandre Guerra[1]
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

No meio do caminho tinha uma pedra
Tinha uma pedra no meio do caminho
Tinha uma pedra
No meio do caminho tinha uma pedra

Nunca me esquecerei desse acontecimento
Na vida de minhas retinas tão fatigadas
Nunca me esquecerei que no meio do caminho
Tinha uma pedra
Tinha uma pedra no meio do caminho
No meio do caminho tinha uma pedra
(Carlos Drummond de Andrade, No Meio do Caminho)

Sumário: Introdução. 1; O Projeto de Lei 1.179, de 2020 e a Lei 14.010, de 10 de junho de 2020: impactos no Direito Contratual; 2. A experiência estrangeira no enfretamento da crise: por um resgate da Universalidade do Direito; 3. Havia uma pedra no meio do caminho: força maior, imprevisão, onerosidade excessiva, quebra da base objetiva do contrato ou (mera) impossibilidade temporária superveniente de cumprimento da prestação; 4. Proposições conclusivas (*lições a refletir*): a oportunidade de resgate da autorresponsabilidade negocial e o papel da visão colaborativa (não adversarial) das partes; Referências.

---

[1] Doutor e Mestre em Direito Civil pela PUC/SP. Professor e Coordenador Regional da Escola Paulista da Magistratura. Professor titular e chefe do Departamento de Direito Privado da Faculdade de Direito de Sorocaba. Professor convidado nos cursos de pós-graduação da PUC-SP. Coordenador dos cursos de pós-graduação da Escola Paulista da Magistratura. Associado fundador do Instituto de Direito Privado, Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil e Instituto Brasileiro de Direito Contratual. Autor e coordenador de obras e artigos jurídicos.

Introdução

Nosso objetivo nesse breve ensaio é apresentar algumas iniciais ponderações a respeito dos impactos da pandemia de coronavírus (Covid-19) nas relações contratuais de Direito Privado. São, de fato, apenas reflexões iniciais, pois estamos todos ainda a viver os mesmos dias de tormenta, certos de que a reflexão apropriada demandará distanciamento que somente o futuro e o tempo nos proporcionarão. Por ora, procuramos levar ao leitor apenas (algum) alento no compartilhar das mesmas inquietações. Quem hoje invocar certezas sobre o porvir, mentirá. Não há solução absoluta, final, definitiva e perfeita que seja bem aplicada como modelo único para os mais variados ambientes contratuais. Quem afirmar possuir a decisão final, pelo menos nesse nebuloso instante, certamente faltará com a verdade. Pouco sabemos do que será o futuro do Direito Contratual. Mas é bom que seja assim: a prudência é uma potente arma aos que singram mares desconhecidos, como o é o inóspito mar que nos banha o coronavírus. Compartilhemos, pois, aqui, alguns pensamentos, na esperança de que o tempo e a vida nos tragam melhores caminhos e alguma segurança e previsibilidade nos destinos dos contratos. Enfim, para tudo resumir, como diz o inesquecível samba imortalizado na voz e nas cordas de Paulinho da Viola, é preciso que se "(f)aça como o velho marinheiro; que durante o nevoeiro; leva o barco devagar".

Na sua estrutura dogmática, o presente ensaio divide-se em três partes. Primeiro, apresentaremos a Lei 14.010, de 10 de junho de 2020. Trata-se de diploma legislativo em vigor fruto do Projeto de Lei 1.179, de 2020, que dispôs sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia de coronavírus (Covid-19), de autoria do Senador Antonio Anastasia (PSD/MG). Analisaremos as suas principais disposições no que importa às relações jurídicas de Direito Contratual.

Em um segundo momento, apresentaremos algumas possíveis soluções (ou melhor, alguns critérios de decisão) para os problemas que cercam o Direito Contratual a partir da recente experiência estrangeira, em especial a de Portugal, Alemanha e França. A pandemia, como demonstraremos, atinge cada relação contratual de uma forma distinta, própria, particular, e, por que não dizer, de modo *único*. Justamente por isso é preciso abandonar a vã ilusão de que o

legislador trará a solução absoluta que deve imperar para todos os modelos contratuais.

Em terceiro lugar, refletiremos a respeito da suficiência (ou não) do que conhecemos em tema de alteração das circunstâncias do contrato e de perturbação da prestação, em especial à vista das teorias da imprevisão e da onerosidade excessiva, acolhidas pelo Código de Defesa do Consumidor e Código Civil do Brasil. Algo diremos, sim, sobre os efeitos da força maior no cumprimento dos contratos (o que, para alguns, é importante nesse momento de pandemia) e sobre a teoria da quebra da base objetiva do contrato,[2] de inspiração alemã, que pode servir como ferramenta eficiente no porvir. Como já disse alguém sábio, "cada um peleja com as armas que tem". Esse ensaio é, enfim, produto de um questionamento imponderável que, do dia para a noite, fez-se necessário: o que faremos com *a pedra no meio do caminho*. A *pedra,* agora sob a forma de vírus, imprevisível (imperceptível a olho nu), exige que, mais do que apenas refletir sobre o Direito Contratual, reflitamos nós mesmos sobre a suficiência dos mecanismos conhecidos para lidar com as agruras próprias das alterações das circunstâncias que cercam os contratos e a medida de perturbação nas prestações das partes contratantes. Nada há absolutamente novo. Entretanto, é bom lembrar, seja no Direito, seja na vida, seja na vida dos contratos, como bem perceberam os romanos séculos atrás, por aplicação da máxima *rebus sic stantibus*.

Traremos, a essa altura, o esboço de alguns impactos da pandemia nas relações jurídicas regidas pelo Código de Defesa do Consumidor. Analisaremos situações de impossibilidade de cumprimento da prestação nas relações de consumo. Trataremos, brevemente, do fornecimento de produtos e serviço e dos vícios de quantidade e qualidade, bem como da solução que se pode buscar nesse cenário excepcional. Os problemas decorrentes da inexecução dos contratos de consumo, seja parcial, seja total, serão examinados para verificarmos a suficiência das regras estabelecidas nos artigos 18 a 20 do CDC.

---

[2] A respeito da teoria da quebra da base objetiva do negócio, ver: LARENZ, Karl. *Base del Negócio Jurídico y cumplimento de los contratos*. Tradução: Carlos Fernandez Rodriguez. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1956. Recentemente, diante das questões surgidas em tempos de Pandemia, consultar lúcidas observações de: SIMÃO, José Fernando. O contrato nos tempos da covid-19: esqueçam a força maior e pensem na base do negócio. *Migalhas*, [S. l.], 3 abr. 2020. Disponível em: https://bit.ly/35olkZz. Acesso em: 1º jun. 2020.

Nas proposições conclusivas, sem qualquer pretensão de algo ensinar, cremos ser possível compartilhar algumas lições, dentre as quais se destacam a oportunidade de resgate da autorresponsabilidade negocial; a necessidade de compreensão colaborativa (não adversarial) das partes e a máxima expansão das potencialidades do princípio da conservação do negócio jurídico. A experiência que temos haurido nos últimos meses, antecipemos desde já, torna evidente que, a despeito dos necessários esforços do legislador, caberão às próprias partes, em uma relação de cooperação, identificar os melhores caminhos para o vivificar do princípio da autonomia privada e para a (vital) sobrevivência das relações contratuais.

1. O Projeto de Lei 1179, de 2020 e a Lei 14.010, de 10 de junho de 2020: impactos no Direito Contratual

Perplexa diante da pandemia de coronavírus (Covid-19) que assola o Brasil e o Mundo, desde os primeiros meses do ano de 2020, depois dos nefastos efeitos causados na China e Europa (especialmente em países como Itália e Espanha), a comunidade jurídica brasileira sentiu-se no dever de fornecer um caminho para a solução dos conflitos nas relações contratuais de Direito Privado. Nesse panorama, dentre outros movimentos, entra em cena o Projeto de Lei 1.179, de 2020, que, como ele próprio enuncia, "dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do Coronavírus (Covid-19)". Trata-se de projeto de autoria do senador Antonio Anastasia (PSD/MG), apresentado por eminentes juristas de elevada competência técnica.

A Exposição de Motivos do Projeto merece, de fato, os mais efusivos aplausos. Dentre outros, os princípios que o RJET elege como essenciais devem ser destacados: (i) *manter a necessária separação entre as relações paritárias e as relações assimétricas* (as quais se submetem à racionalidade própria no processo de interpretação e alocação/assunção dos riscos dos contratos)[3] e (ii) *manter as leis vigentes,*

---

[3] Sobre as relações contratuais assimétricas e alocação de riscos nos diferentes ambientes contratuais (civis/consumo/empresariais etc.), ver: GARBI, Carlos Alberto. *"Il Terzo Contratto":* surge uma nova categoria de contratos empresariais? Consultor Jurídico, São Paulo, 30 jul. 2018. Disponível em: https://bit.ly/2F1MwT7. Acesso em: 1º jun. 2020.

considerando o perfil temporário da crise, de modo que se criem regras transitórias; nos seus dizeres, que "(e)m alguns casos, suspendam temporariamente a aplicação de dispositivos dos códigos e leis extravagantes". No projeto do diploma legislativo, há o compromisso de se limitar às "matérias preponderantemente privadas, deixando questões tributárias e administrativas para outros projetos".

Sem tratar dos temas próprios do Direito Falimentar e Recuperacional (o que se reservaria a lei especial), o Projeto Anastasia, com total correção, recomenda atenção aos *comportamentos contratuais oportunistas*, pois, "(o)s efeitos da pandemia equivalem ao caso fortuito ou de força maior (ponto em que particularmente dissentimos, acrescento), *mas não se aproveitam a obrigações vencidas antes do reconhecimento da pandemia*".[4] É preciso, assinala-se no projeto, conter os excessos e os abusos das próprias partes contratantes que podem ser verificados sob a (indevida) invocação da pandemia de Covid-19. O que nele se pretende, com total acerto, é, nos seus dizeres, encontrar "um adequado equilíbrio de posições em áreas extremamente complexas e de difícil ponderação entre interesses." Nessa advertência final reside o maior mérito do *Projeto Anastasia*.

Ocorre que, na sua redação original, especificamente no que trata da *resilição, resolução e revisão dos contratos*, as regras por ele trazidas não se amoldam exatamente ao que é necessário para solucionar os conflitos que diuturnamente assolam o Poder Judiciário. No Capítulo IV, que trata da resilição, resolução e revisão dos contratos, sobressem os artigos 6º e 7º. Na sua redação original, dispôs o art. 6º: "As consequências decorrentes da pandemia do Coronavírus (Covid-19) nas execuções dos contratos, incluídas as previstas no art. 393 do Código Civil, não terão efeitos jurídicos retroativos". O art. 7º, *caput*, por sua vez, preconizou: "Não se consideram fatos imprevisíveis, para os fins exclusivos dos art. 478, 479 e 480 do Código Civil, o aumento da inflação, a variação cambial, a desvalorização ou substituição do padrão monetário."

Não nos parece, como demonstraremos, que tais advertências sejam necessárias para o intérprete compreender quais são os efeitos da

---

[4] A respeito da vedação/atenção aos comportamentos contratuais oportunistas, ver: PIANOVSKI, Carlos Eduardo. A crise do covid-19 entre boa-fé, abuso do direito e comportamentos oportunistas. *Migalhas*, [S. l.], 16 abr. 2020. Disponível: https://bit.ly/3m76wV8. Acesso em: 1º jun. 2020.

Covid-19 no Direito Contratual. Trata-se, enfim, de uma norma temporária de interpretação de contratos, que, *afirmando o que não é*, a necessidade/pertinência torna questionável para dirimir os conflitos de hoje. Os temas que referem (inflação, variação cambial e desvalorização/substituição do padrão monetário), por certo, são objeto de orientação consolidada nos Tribunais Superiores do Brasil, e não revelam exatamente o núcleo do problema atual, que pode ser assim sintetizado: *como a Pandemia de Covid-19 impacta a vida dos contratos?* O parágrafo 1º do art. 6º previu que "as regras sobre revisão contratual previstas no Código de Defesa do Consumidor e na Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991 não se sujeitam ao disposto no caput deste artigo". E, por sua vez, dispôs o parágrafo 2º do artigo em estudo: "para os fins desta Lei, as normas de proteção ao consumidor não se aplicam às relações contratuais subordinadas ao Código Civil, incluindo aquelas estabelecidas exclusivamente entre empresas ou empresários".

O fato é que os artigos 6º e 7º do Projeto Anastasia não resistiram ao processo legislativo. O Presidente da República entendeu por bem vetá-los. Portanto, as regras acima apresentadas não compõem o corpo da lei que se presta a trazer parâmetros legais de solução de conflitos num "Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do coronavírus (Covid-19)". Assim fez Sua Excelência, especificamente nos artigos em foco, sob o seguinte fundamento (*Razões dos Vetos*):

> A propositura legislativa, contraria o interesse público, uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro já dispõe de mecanismos apropriados para modulação das obrigações contratuais em situação excepcionais, tais como os institutos da força maior e do caso fortuito e teorias da imprevisão e da onerosidade excessiva.

Os reflexos da Lei 14.010, de 10 de junho de 2020, em uma renovada *Teoria Geral do Direito Contratual*, por assim dizer, são mínimos, realmente de ínfima expressão, pois as normas especificamente voltadas a disciplinar a resilição, a resolução e a revisão dos contratos foram expressamente vetadas pelo Presidente da República. Por certo, sobreviveram (e sobrevieram) no diploma legislativo outras importantes regras, de aplicação pontual a problemas de Direito Contratual

de Consumo (dentre as quais se destaca o art. 8º que, tratando das relações de consumo, explicita que "até 30 de outubro de 2020, fica suspensa a aplicação do art. 49 do Código de Defesa do Consumidor na hipótese de entrega domiciliar (*delivery*) de produtos perecíveis ou de consumo imediato e de medicamentos". A revogação dos artigos 6º e 7º da Lei 14.010/20 não significa que os problemas no Direito Contratual não existam no mundo fenomênico. Ao contrário, já são milhares de decisões judiciais[5] proferidas até o momento, em poucos meses de pandemia, pelas Cortes de Justiça do Brasil, as quais exigem a tomada de decisão levando em conta os efeitos da pandemia no Direito dos Contratos. É, na verdade, a solução dos conflitos que deve estar *em outro lugar,* além da lei.

2. A experiência estrangeira no enfretamento da crise: por um resgate da universalidade do Direito

Como solucionar os conflitos no Direito Contratual, no Brasil, sem que tenhamos um *Direito Legislado?* Pode o intérprete (magistrado, advogado, árbitro etc.) recorrer à experiência do Direito Legislado estrangeiro para solucionar os conflitos de Direito Contratual nos tempos de Covid-19? A resposta é positiva. É o que trataremos como *a oportunidade de resgate da Universalidade do Direito*. Não caiamos na cruel tentação de um nacionalismo hostil (e, pior, xenofóbico) que pode cegar os nossos olhos às soluções de outros sistemas jurídicos. A pandemia de Covid-19 coloca-nos, todos, diante de um evento de repercussões mundiais. Já se questiona, aliás, se é a pandemia o evento de maior repercussão mundial dos últimos cem anos. Mesmo as grandes guerras mundiais, é possível assim refletir, foram desastrosos eventos pontuais, geograficamente (de)limitados, ocorridos, fundamentalmente, no continente europeu, que, *em termos comparativos*, pouco afetaram, por exemplo, a economia e a organização social da América Latina ou dos países do continente africano. Não é o que se passa com a pandemia de Covid-19 que, enquanto esse ensaio é escrito, ainda assola a todos os povos. Enquanto esse ensaio é produzido, somente no Brasil foram

[5] Exemplificativamente, no Tribunal de Justiça de São Paulo, ver: Boletim 1 do Grupo de Apoio ao Direito Privado COVID-19. Disponível em: https://bit.ly/3bEq8e6. Acesso em: 1º jul. 2020.

registrados 1.623.284 casos de Covid-19 e 65.487 mortes, segundo o último boletim do Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS), publicado em 6 de julho de 2020.[6]

Em uma *sociedade de hiperconsumo globalizada,* como é característico da pós-modernidade (ao menos no que se convencionou denominar *Mundo Ocidental*), é momento de aproveitarmos as boas lições do Direito Estrangeiro. Não significa dizer que a pandemia afeta todos os povos e todas as ordens econômicas com a mesma intensidade (e nelas provoque os mesmos danos). Na verdade, países economicamente mais desenvolvidos, a experiência e o noticiários revelam tais fatos diariamente, apresentam maior capacidade de suportar os efeitos econômicos da recessão (e do próprio descumprimento de relações contratuais), com menores danos (econômicos e sociais) ao Estado, às empresas e aos próprios indivíduos. Por certo, não é possível simplesmente *transplantar* as leis estrangeiras para o Brasil, como é fato de conhecimento geral, seja por limitações relacionadas à soberania, seja pelo dever de prevalência do respeito ao ordenamento jurídico nacional. Isso não significa, no entanto, que não possamos nos inspirar em outros povos (e modelos jurídicos) na busca de critérios de decisão adequados para solucionar os conflitos em tempos de pandemia.

O Código Civil de Portugal traz importantes regras que podem auxiliar em tempos de pandemia. O art. 321º, 1 veicula advertência a respeito da suspensão de cumprimento por motivo de força maior: "a prescrição suspende-se durante o tempo em que o titular estiver impedido de fazer valer o seu direito, por motivo de força maior, no decurso dos últimos três meses do prazo". Sobre a forma de acomodação do exercício de direitos (em especial, aqui nos interessa o Direito dos Contratos), temos o art. 335.º, que trata da significativa rubrica *Colisão de direitos:*

> 1. Havendo colisão de direitos iguais ou da mesma espécie, devem os titulares ceder na medida do necessário para que todos produzam igualmente o seu efeito, sem maior detrimento para qualquer das partes. 2. Se os direitos forem desiguais ou de espécie diferente, prevalece o que deva considerar-se superior.

[6] BRASIL tem mais de 65 mil mortes por covid-19. *BBC News Brasil*, Londres, 7 jul. 2020. Disponível em: https://bbc.in/3id2192. Acesso em: 7 jul. 2020.

Parece-nos que a regra é de nítida importância para solucionar, entre nós, os problemas de exercício (potestativo) dos direitos nos contratos.

No tratamento legislativo da resolução dos contratos (arts. 432º ss.), merece destaque o art. 437º, sob a sugestiva rubrica *Resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias,* com nossos destaques:

> 1. Se as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal, tem a parte lesada direito à resolução do contrato, ou à modificação dele segundo juízos de equidade, desde que a exigência das obrigações por ela assumidas afecte gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato. 2. Requerida a resolução, a parte contrária pode opor-se ao pedido, declarando aceitar a modificação do contrato nos termos do número anterior.

Note que o legislador português contenta-se com uma alteração anormal das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar. Trata-se, pois, de regra de subsunção menos complexa do que exigem os arts. 317, 478 a 480 do Código Civil do Brasil, que entre nós acolhem, respectivamente, as Teorias da Imprevisão e Onerosidade Excessiva.

A examinar a influência do Direito Português na solução dos problemas decorrentes da pandemia, importa consignar que o Código Civil dispensa um tratamento específico para o problema da *impossibilidade de cumprimento* e da *mora não imputáveis ao devedor.* Cremos que, em expressiva parcela das relações contratuais, a solução está exatamente na compreensão/aplicação desse instituto. Comporta destaque o art. 792.º, que disciplina a impossibilidade temporária de cumprimento da prestação devida nos seguintes termos: "se a impossibilidade for temporária, o devedor não responde pela mora no cumprimento. 2. A impossibilidade só se considera temporária enquanto, atenta a finalidade da obrigação, se mantiver o interesse do credor". Nada há de mais oportuno a compreender nos dias que correm. Da mesma importância é a regra do artigo 793.º, que disciplina a impossibilidade parcial de cumprimento, estabelecendo que

> se a prestação se tornar parcialmente impossível, o devedor exonera-se mediante a prestação do que

> for possível, devendo, neste caso, ser proporcionalmente reduzida a contraprestação a que a outra parte estiver vinculada. 2. Porém, o credor que não tiver, justificadamente, interesse no cumprimento parcial da obrigação pode resolver o negócio.[7]

Em Portugal, Ana Perestrelo de Oliveira[8] indaga se a pandemia de Covid-19 representa, necessariamente, uma situação de força maior. A resposta, a nosso ver, é negativa. Os casos de força maior, como regra, por sua própria estrutura, implicam a absoluta (real) impossibilidade de prestar. Não é o que se verifica, como dissemos, em todos os ambientes contratuais afetados pela Covid-19. Mesmo em tempos de pandemia, alerta a autora, ainda é possível prestar, mas o cumprimento desse dever se dá com maior esforço ou com custos excessivos para o devedor, em confronto com o interesse do credor.[9] A força maior, ao menos no Direito Português, sublinha a jurista, não entra em cena para tratar dos problemas que decorrem do cumprimento dos contratos, apesar

---

[7] Da mesma importância que o panorama em estudo são as regras dos artigos 794º a 796º do Código Civil de Portugal: **Artigo 794.º (“Commodum” de representação)**.
Se, por virtude do facto que tornou impossível a prestação, o devedor adquirir algum direito sobre certa coisa, ou contra terceiro, em substituição do objecto da prestação, pode o credor exigir a prestação dessa coisa, ou substituir-se ao devedor na titularidade do direito que este tiver adquirido contra terceiro.
Artigo 795.º (Contratos bilaterais)
1. Quando no contrato bilateral uma das prestações se torne impossível, fica o credor desobrigado da contraprestação e tem o direito, se já a tiver realizado, de exigir a sua restituição nos termos prescritos para o enriquecimento sem causa.
2. Se a prestação se tornar impossível por causa imputável ao credor, não fica este desobrigado da contraprestação; mas, se o devedor tiver algum benefício com a exoneração, será o valor do benefício descontado na contraprestação.
Artigo 796.º (Risco).
1. Nos contratos que importem a transferência do domínio sobre certa coisa ou que constituam ou transfiram um direito real sobre ela, o perecimento ou deterioração da coisa por causa não imputável ao alienante corre por conta do adquirente.
2. Se, porém, a coisa tiver continuado em poder do alienante em consequência de termo constituído a seu favor, o risco só se transfere com o vencimento do termo ou a entrega da coisa, sem prejuízo do disposto no artigo 807.
3. Quando o contrato estiver dependente de condição resolutiva, o risco do perecimento durante a pendência da condição corre por conta do adquirente, se a coisa lhe tiver sido entregue; quando for suspensiva a condição, o risco corre por conta do alienante durante a pendência da condição.

[8] OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. Força maior e impedimentos do devedor. *In: Novo coronavírus e gestão da crise contratual:* estratégias jurídicas. Lisboa: Centro de Investigação de Direito Privado, 2020. p. 10-15. Disponível em: https://bit.ly/2ZfCF2M. Acesso em: 1 jul. 2020.

[9] OLIVEIRA, Ana Perestrelo de, op. cit., p. 10.

das perturbações na prestação. A força maior, na realidade, imbrica-se com o problema de impossibilidade legal (ou natural) de cumprimento. O problema maior em termos de pandemia, portanto, não é, necessariamente, a impossibilidade de cumprimento da prestação, mas sim a manutenção do sinalagma contratual diante da profunda alteração do entorno do contrato, que pode, em tese, realmente se apresentar. É *a perturbação* que aqui importa, repitamos uma vez mais, não no contrato em si, *mas nas circunstâncias que o cercam*.

Não há dúvida de que, precisamente no atual contexto, o devedor não responde pela mora, o que, aliás, é também a solução que encontra (com acerto) o Código Civil do Brasil, no seu art. 396, segundo o qual "não havendo fato ou omissão *imputável ao devedor,* não incorre este em mora". O importante (e que deve ser vincado nas relações contratuais em tempos de pandemia) é que ambos (ou todos) os contratantes são (ou devem ser) *inocentes* no não cumprimento exato do contrato. *O fato não lhes é imputável, mas precisamente o são as circunstâncias.* Nas palavras da autora, "(o) devedor não responde pela mora – que tecnicamente nem existe — mas o credor nada tem de pagar também porque não existem bens a serem entregues ou serviços a serem prestados".[10] E, ao final, a advertência:

> [n]ão pode esquecer-se o papel do princípio da boa-fé, enquanto diretriz interpretativa auxiliar: este princípio implica, designadamente, a incorporação no contrato das ideias de proporcionalidade e razoabilidade, tratando em termos idênticos soluções que materialmente o sejam. [...] Obviamente que, se o contrato tiver sido celebrado após o início da pandemia ou quando esta já era previsível, só existirá um evento de força maior caso resulte do contrato que, mesmo previsto, as partes pretenderam aplicar esse regime.[11]

Segundo Antonio Barreto Menezes Cordeiro, o problema que a pandemia de Covid-19 põe em destaque é o da alteração das

[10] OLIVEIRA, Ana Perestrelo de, op. cit., p. 11.
[11] OLIVEIRA, Ana Perestrelo de, op. cit., p. 12.

circunstâncias (as quais rodeiam, como é óbvio) o (núcleo do) contrato. Assim como ocorre entre nós, Portugal (venturosamente) vivencia o fenômeno do *Direito Civil Social*. Tal lente interpretativa do Direito Privado, por seu perfil humanista, solidarista e dignificante do ser humano, traz importantes consequências ao Direito dos Contratos na atualidade.[12] Na lição do autor, para aplicação do fenômeno da alteração das circunstâncias previsto no art. 437º do Código Civil, cinco elementos devem estar presentes: primeiro, que se identifiquem quais são as circunstâncias em que as partes se fundaram na decisão de contratar. Segundo, que a alteração das circunstâncias seja anormal. Terceiro, que a parte prejudicada pela alteração pretenda a resolução ou a modificação do contrato. Quarto, que a exigência do fiel cumprimento das obrigações tais quais assumidas afete gravemente o princípio da boa-fé (que, dentre múltiplas passagens, está explicitado no art. 227º do Código Civil de Portugal, de 1966). Quinto, que essa alteração das circunstâncias não esteja coberta pelos próprios riscos do contrato.[13]

Prossegue o ilustre professor afirmando que

> [e]sta ideia de equilibrar as posições jurídicas, de limitar o exercício da autonomia privada, encontra outra das suas manifestações no regime da alteração das circunstâncias. Ou seja, verificados os pressupostos legais, os pressupostos que constam do artigo 437.º do CC, é possível as partes modificarem o conteúdo de contrato com o propósito de voltar a equilibrar as posições para não ficar alguém a ganhar muito e outro perder muito e, no limite, proceder à resolução do contrato.[14]

Em um voto de confiança ao Poder Judiciário (e, talvez, por inspiração do Direito Civil Social), intui o jurista que as Cortes de Justiça "(v)ão aplicar o 437.º, sempre que as medidas legislativas não

---

[12] CORDEIRO, A. Barreto Menezes. Alteração das circunstâncias. *In: Novo coronavírus e gestão da crise contratual:* estratégias jurídicas. Lisboa: Centro de Investigação de Direito Privado, 2020, p. 29. Disponível em: https://bit.ly/3id0IXI. Acesso em: 1º jun. 2020.

[13] CORDEIRO, A. Barreto Menezes, op. cit., p. 30.

[14] CORDEIRO, A. Barreto Menezes, op. cit., p. 29.

permitirem um equilíbrio das posições, mas não podemos ignorar as aparentes cautelas que os nossos tribunais classicamente assumem sempre que da sua intervenção possam resultar consequências políticas”.[15]

Na Alemanha, o legislador forneceu aos juristas, recentemente, importantes critérios para a solução dos problemas de Direito Contratual que decorrem da pandemia de Covid-19. O parlamento alemão aprovou no prazo de um dia (25 de março de 2020), um conjunto de medidas proposto pela Chanceler Angela Merkel para amenizar os efeitos da pandemia no país (*Coronakrise*).[16] *“Nós não deixaremos ninguém só,* é o mantra repetido pelo governo para mostrar a disposição do Estado em amparar todos os afetados pela crise”, destaca Karina Nunes Fritz,[17] demonstrando que o Estado age do modo que dele é de se esperar em um momento crítico como o que ora se atravessa.

Tratando do Direito das Obrigações e Contratos, o legislador alemão concentra-se, em um primeiro momento, nas obrigações pecuniárias. As *obrigações pecuniárias* que decorram de contratos firmados antes de 8 de março de 2020 poderão se sujeitar às regras que apresenta. Poderá o devedor dilatar o prazo de cumprimento das obrigações até 30 de setembro de 2020 se alegar a impossibilidade temporária de cumprimento da prestação, *desde que o devedor cumpra um dos requisitos que elenca a lei*. Em se tratando de devedor pessoa física, deve ele *comprovar* o comprometimento dos meios necessários à subsistência do devedor e dos seus dependentes. No caso de devedor pessoa jurídica, deve ele comprovar que o pagamento pode frustrar o exercício das suas atividades econômicas (isto é, que a realização do pagamento implica a não conservação da viabilidade econômica de suas atividades). Há entendimento no sentido de que tal regra aplicar-se-ia, indistintamente, às obrigações pecuniárias e não pecuniárias.

---

[15] Para estudo profundo a respeito da impossibilidade da prestação, ver: PIRES, Catarina Monteiro. *Impossibilidade da prestação*. Lisboa: Almedina, 2017. (Coleção Teses). Da mesma autora, ver: *Contratos:* perturbações na execução. Lisboa: Almedina, 2019.

[16] A respeito, ver: NUNES-FRITZ, Karina. Lei alemã para amenização dos efeitos do coronavírus altera temporariamente o direito de locação. *Migalhas,* [S. l.], 8 abr. 2020. Disponível em: https://bit.ly/2FfOPl5. Acesso em: 1º jun. 2020.

[17] NUNES-FRITZ, Karina. Alemanha aprova pacote de mudanças legislativas contra a crise do coronavírus. *Migalhas,* [S. l.], 26 mar. 2020. Disponível em: https://bit.ly/3bIgZBA. Acesso em: 1 jul. 2020.

O que mais importa aqui é a insuficiência de apenas invocar a pandemia para postergar todo e qualquer cumprimento de contrato: é preciso que o devedor prove, especificamente, na real situação contratual que identifica, que o evento em causa concretamente afeta o adimplemento projetado. Em segundo lugar, diz a lei alemã que, tratando-se de *contrato de locação imobiliária,* em princípio, o pagamento dos alugueres será mantido sem dilação do termo (justamente por se estar diante de contratos sinalagmáticos, de regra, em que ambos os contratantes são inocentes e dependentes do cumprimento da prestação em reciprocidade). Contudo, excepciona a lei alemã que os locadores não poderão pleitear a resolução do contrato por inadimplemento no período de 1º de abril de 2020 a 30 de setembro de 2020, de modo que se impede o exercício do direito de despejo (retomada) do imóvel no período. Sem prejuízo, nessa hipótese, permanece em favor do credor/locador o direito de cobrar eventuais alugueres atrasados. Em terceiro lugar, preocupa-se o legislador alemão com os *contratos de mútuo*. Nos celebrados antes de 8 de março de 2020, "as pretensões cujo objeto recaia sobre principal, juros ou repactuações terão a exigibilidade judicial dilatada por seis meses, caso o devedor tenha sofrido redução de renda decorrente dos efeitos da pandemia." Para que assim seja, alternativamente, o devedor deve demonstrar (isto é, comprovar) o comprometimento dos meios necessários à subsistência do devedor e seus dependentes ou comprovar que o pagamento implica a inviabilidade econômica de suas atividades, estabelecida, de todo modo, uma presunção de que a pandemia gerou a queda na renda do devedor. Veja, portanto, que o Direito Alemão exige (com total acerto) a prova dos efeitos da pandemia na específica relação contratual que se está a discutir.

O Direito Francês é um sistema tradicionalmente refratário, como regra, à intervenção externa (judicial) nos contratos de Direito Privado. Isso se deve à influência direta do modelo do Estado liberal do ideário burguês e nitidamente refletido do *Code Napoléon*, de 1804.[18] Na jurisprudência administrativa da França, desde 1916, reconhece-se

[18] Para que se perceba o espírito e a influência do Código Civil francês em demais códigos civis do século XX, ver, por todos: SOUZA, Sylvio Capanema. O Código Napoleão e sua influência no Direito brasileiro. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 26, p. 36-51, 2004. Disponível em: https://bit.ly/2F9UwRW. Acesso em: 1º jul. 2020.

o direito de revisão dos contratos administrativos. O mesmo não se passa nos contratos de Direito Privado. Sucede que, dois séculos depois do advento do *Code,* o Direito Francês passou a consagrar a Teoria da Imprevisão de forma mais intensa nas relações contratuais privadas, em virtude da reforma legislativa introduzida no Direito das Obrigações, em 10 de fevereiro de 2016 (com início de vigência em 1º de outubro de 2016), ratificada por Lei de 20 de abril de 2018. Até o advento de tal diploma, salvo raras exceções referidas pela doutrina, o Direito Francês inclinava-se pela intangibilidade dos contratos. Significa dizer que os contratos deveriam ser cumpridos tal como previstos pelas partes, em prestígio ao dogma *pacta sunt servanda.*

Sucede que a reforma promovida no Direito das Obrigações na França representa uma evolução importante, não apenas por permitir a intervenção judicial no contrato com maior intensidade, mas especialmente por criar critérios sequenciais para que tal tarefa se realize de forma adequada, como preceitua o art. 1.195 do Código Civil da França, com início de vigência em 1 de outubro de 2016, em tradução livre:

> Se uma alteração de circunstâncias imprevisíveis quando da conclusão do contrato torna a execução excessivamente onerosa para uma das partes, que não tinha concordado em assumir o risco, ela pode solicitar a renegociação do contrato à outra parte. Ela continua a executar as suas obrigações durante a renegociação. Em caso de recusa ou insucesso da renegociação, as partes podem concordar em rescindir o contrato, na data e segundo as condições por elas determinadas, ou pedir em comum acordo para que o juiz faça as adaptações do contrato. Na falta de acordo dentro de um prazo razoável, o juiz pode, a pedido de uma das partes, revisar ou dar fim ao contrato na data e nas condições por ele determinadas.[19]

---

[19] Original: Article 1195: “Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l’exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n’avait pas accepté d’en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d’échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu’elles déterminent, ou demander d’un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d’accord

3. *Havia uma pedra no meio do caminho:* força maior, imprevisão, onerosidade excessiva, quebra da base objetiva do contrato ou (mera) impossibilidade temporária superveniente de cumprimento da prestação

É preciso admitir: estávamos confortáveis com nossos instrumentos de adaptação dos contratos e dos comportamentos dos contratantes às tempestades e às marés das circunstâncias até bem pouco tempo atrás. No plano constitucional, dentre outras diretrizes, a que estabelece como objetivo fundamental do Brasil “construir uma sociedade livre, justa e solidária”, prevista no inc. I do art. 3º, justiça essa, por certo, que exige o respeito aos ditames do Direito fundamental de segurança jurídica (como prevê o caput, do art. 5º), conciliando segurança e justiça no plano dos contratos.

No Direito Privado, tínhamos, em primeiro lugar, o art. 317 do Código Civil, ponto de erupção da Teoria da Imprevisão no Direito das Obrigações em geral: “Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.” Especificamente no ambiente do Direito Contratual, havia as regras dos artigos 478 a 480 do Código Civil, por meio das quais se solidifica a possibilidade de resolução (e adaptação) por força da Teoria da Onerosidade Excessiva, com especial destaque para os ditames do art. 478, segundo o qual

> nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

---

dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d’une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu’il fixe”. Para estudo mais profundo dos impactos da Teoria da Imprevisão no Direito Francês, ver: SABRINNI, Fernanda. Teoria da imprevisão no direito francês e as “fissuras” do Canal de Capronne. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Belo Horizonte, v. 21, p. 131-144, 2019. Disponível em: https://bit.ly/32bghJV. Acesso em: 1º jul. 2020.

Ainda, contávamos nós com as recentes manifestações dos artigos 421 do Código Civil, com as recentes alterações trazidas pela Declaração de Direitos de Liberdade Econômica (Lei 13.874, de 2019), que, dentre outras orientações, pontifica no parágrafo único do art. 421 do Código Civil que “nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual”. E ainda tínhamos os recentes parâmetros especialmente importantes nos contratos paritários simétricos previstos nos três incisos do art. 421-A do CC:

> os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução; (*inc. I*); (que) a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada (*inc. II*); e (que) a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada. (*inc. III*).

Nas relações de consumo, recorríamos com frequência à regra contida no inc. V do art. 6º do CDC que, ao tratar dos Direitos Básicos do Consumidor, prescreve a “modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas”. Conhecíamos, ainda, todas as regras contidas no CDC a respeito da proteção contratual, em especial os dispositivos legais que veiculavam importante (e enérgica) repulsa às chamadas cláusulas abusivas previstas no art. 51 do CDC. E recorríamos a todo arcabouço doutrinário e jurisprudencial que sobre elas se erigiu. E assim, nós, magistrados e intérpretes, vivíamos com relativa tranquilidade.

Tudo, enfim, corria relativamente bem (entenda-se, tudo corria com certa previsibilidade a respeito de quais ferramentas poderíamos fazer uso) até que, inesperadamente, surge *uma pedra no meio do caminho:* a pandemia de Covid-19. E, com ela (e por força dela), fomos nós obrigados a nos reinventar, seja nas relações sociais, seja nas

relações de trabalho, seja no transporte, seja no isolamento social, seja no exponencial aprimoramento abrupto da comunicação, seja na educação, e, por óbvio, também assim fizemos na tarefa de revisão/interpretação dos modelos contratuais, pois, do dia para noite, como viu Fernando Pessoa, "as roupas do passado não nos serviam mais". O legislador civil ou consumerista, quando previu as condutas contratuais possíveis diante da impossibilidade de cumprimento da prestação devida, por certo não visualizou um fenômeno de tal envergadura e de impactos mundiais.

De início, alguns autores, com maior pressa e menor reflexão, invocaram, indistintamente, a regra contida no artigo 393 do Código Civil (que trata do inadimplemento das obrigações em geral) segundo a qual "o devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado". O parágrafo único da regra em destaque, é bom referir, explica que "o caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir". Aí estaria, em princípio, a solução dos problemas das partes diante do contrato: invocar um fato necessário superveniente para que os contratos possam resolver-se, com o retorno das partes ao *status quo ante,* sem que devam suportar as consequências econômicas e jurídicas da mora, pois mora não houve. É, ainda, que ambos os contratantes, nesse estado de coisas, eram igualmente inocentes diante da inviabilidade de cumprimento do contrato e a mora, sabemos todos, exige culpa (ilicitude) de uma das partes para configurar-se, como ensina o art. 396 do CC: "não havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre este em mora".

Logo se percebeu que, se a solução legal (literal) fosse aplicada em termos de um absoluto *juízo de subsunção,* as consequências seriam desastrosas, não somente em termos econômicos, mas também na perspectiva jurídica: resolvidas sucessivamente as relações contratuais em cadeia, de forma sistêmica, o caos econômico que reinaria seria ainda mais grave do que já se prevê para a economia mundial. É que, na sociedade contemporânea marcada pela globalização e pelo enfraquecimento das fronteiras dos territórios, é lição por todos conhecida (e inúmeras vezes repetida) que o contrato é a veste jurídica de uma operação econômica. O contrato tanto (ou mais) importa à economia quanto ao próprio Direito. As relações negociais corporificadas no

contrato são interdependentes no plano global. É dizer, o proveito econômico-financeiro de um determinado contrato é o que viabiliza, por exemplo, a moeda suficiente para que o contrato seguinte seja honrado pelo devedor, e, assim, sucessiva e infinitamente. Não há como negar essa realidade no século XXI.

Estabelecida essa premissa, invocar uma solução estruturalmente apenas jurídica (única, estanque e resolutória) para uma infinidade de situações jurídico-econômicas distintas (próprias e peculiares) seria catastrófico. Justamente por isso, o momento exige dos intérpretes um comportamento particularizado aos contornos de cada caso a debruçar-se. Cada relação jurídica contratual terá seu próprio destino em tempos da pandemia de Covid-19. É ilusão pretendermos, como que em um vão esforço no resgate de uma superada Escola da Exegese, imputar ao legislador a responsabilidade (e a vã esperança) de nos proporcionar uma saída unitária (e ótima) para todos os conflitos contratuais de Direito Privado. Abandonemos o quanto antes essa utopia, que nada contribuirá aos passos que devemos dar. Renunciemos a um passe de mágica de um legislador dotado de poderes sobre-humanos. Tal ilusão é algo a que até os mais crédulos devem urgentemente abdicar: a vida é complexa e as relações contratuais são únicas (ainda que em contratos massivos, pois, seja como for, as partes, cada uma a seu modo e imersas nas suas circunstâncias, encontram-se em situações particulares). Como tais, exigem um julgador atento ao fato: *ex facto oritus jus*.

Atalá Correia[20] sintetiza que

> [o]s instrumentos de que o Direito Civil dispõe para a crise contratual, particularmente caso fortuito e onerosidade excessiva, nem sempre são suficientes para enfrentar, com justiça, boa parte das situações hoje vivenciadas com a pandemia Covid-19.

---

[20] "Dada a multiplicidade de situações vividas em meio a esta pandemia, não é possível excluir, por completo, a aplicação das regras de caso fortuito e de onerosidade excessiva. O que dissemos, e aqui frisamos, é que tais institutos visam fins específicos e nem sempre serão aptos a captar a complexidade do fenômeno que vivemos. Seu uso deve ser feito com parcimônia, favorecendo o diálogo entre as partes. Por outro lado, há dúvidas razoáveis sobre sua adequação para o enfrentamento de todas as situações que a sociedade hoje vivencia em decorrência da pandemia." CORREIA, Atalá. Os limites do caso fortuito e da onerosidade excessiva. *Consultor Jurídico,* São Paulo, 6 jul. 2020. Disponível em: https://bit.ly/2R7xi17. Acesso em: 7 jul. 2020.

> Essa parece ser uma observação trivial, mas que parece esquecida. É necessário olhar para a floresta, e não para cada árvore isoladamente.

Prossegue observando que "o Direito deve ser visto como um sistema harmonioso, em que cada ferramenta tem uma função. O uso inadequado de uma das ferramentas (força maior, caso fortuito, Teoria da Imprevisão, Teoria da Onerosidade Excessiva etc., destacamos) não leva a resultados para os quais ela não foi desenhada."

Significa dizer que a pandemia de Covid-19 age de forma distinta (e própria) em cada relação contratual. Em algumas, pode tornar efetivamente inviável o cumprimento do devido (não por aplicação das Teorias da Imprevisão ou da Onerosidade Excessiva), mas sim por impossibilidade superveniente de cumprimento do devido. Em outras relações contratuais, por sua vez, os efeitos econômicos da Covid-19 podem elevar a capacidade econômica de uma das parte em relação (imagine, por exemplo, empresas especializadas em produção de produtos de higiene para fins médicos e hospitalares, empresas que desenvolvam equipamentos aos portadores de insuficiência respiratória, e tantos outros exemplos que se poderia referir). A situação, especificamente envolvendo esses sujeitos, não é de redução significativa de capacidade econômica de cumprimento do pactuado. Há, ainda, outro grupo de relações contratuais (e de sujeitos vinculados ao cumprimento desses contratos) que, por múltiplas razoes, não sofreram significativa alteração patrimonial: a eles, parece-nos, há que se exigir o cumprimento do pactuado tal como foi inicialmente estabelecido. Há, por fim, não seria demais cogitar, aqueles que já se encontravam em situação à beira do descumprimento dos contratos (por força de razões sem qualquer vinculação com a pandemia de Covid-19), que, como acima referimos, deve ser coibida pelo sistema, como desestímulo aos comportamentos contratuais oportunistas.

Nas relações de consumo, três dispositivos merecem destaque nessa reflexão. São os artigos 18 a 20 do CDC, que disciplinam a responsabilidade por vício do produto e do serviço. O *caput* do art. 18 do CDC afirma que

> os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos

> vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

Na hipótese de não haver a sanação do vício em trinta dias, o legislador, no parágrafo 1º, põe à escolha do consumidor três possibilidades: “a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso; a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos ou o abatimento proporcional do preço.” O parágrafo 2º do dispositivo de lei em tela afirma que “poderão as partes convencionar a redução ou ampliação do prazo previsto no parágrafo anterior, não podendo ser inferior a sete nem superior a cento e oitenta dias.” Nos contratos de adesão, prossegue, “a cláusula de prazo deverá ser convencionada em separado, por meio de manifestação expressa do consumidor”.

A indagação que nos parece oportuna está em saber se há, no período da pandemia de Covid-19, a suspensão de referido prazo de trinta dias, o que nos parece ser possível diante do que afirma o artigo 3º, *caput,* da Lei 14.010, de 2020, que preceitua, sem quaisquer condicionamentos, que “os prazos prescricionais consideram-se impedidos ou suspensos, conforme o caso, a partir da entrada em vigor desta Lei até 30 de outubro de 2020”, o mesmo se aplicando, excepcionalmente, às hipóteses que tratam de prazos decadenciais, como estabelece o § 2º da regra em foco: “este artigo aplica-se à decadência, conforme ressalva prevista no art. 207 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil)”. Também é digno de referência o comando do § 1º da regra em apreço, segundo o qual “este artigo não se aplica enquanto perdurarem as hipóteses específicas de impedimento, suspensão e interrupção dos prazos prescricionais previstas no ordenamento jurídico nacional.” Soma-se a esse entendimento o fato de o legislador constitucional, como é notório, ter elevado a tutela do consumidor à condição de Direito Fundamental, como afirma o inc. XXXII do art. 5º da Constituição Federal de 1988: “o Estado

promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor". A Constituição Federal de 1988 emprega a expressão "consumidor" em nove passagens distintas: em todas elas, invariavelmente, sempre a cerca, em diferentes ambientes, de uma regra de proteção constitucional de sua condição/situação jurídica.

A mesma suspensão e interrupção de fluência de prazos prescricionais e decadenciais pode ser reconhecida na hipótese versada no art. 19 do CDC, segundo a qual

> os fornecedores respondem solidariamente pelos vícios de quantidade do produto sempre que, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, seu conteúdo líquido for inferior às indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou de mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha: o abatimento proporcional do preço (*inc. I*); complementação do peso ou medida (*inc. II*); a substituição do produto por outro da mesma espécie, marca ou modelo, sem os aludidos vícios (*inc. III)* e a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos (*inc. IV*).

Para finalizar o exame dos pontos em destaque, é preciso acentuar que não verificamos incompatibilidade entre as disposições do Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia de coronavírus (Covid-19) com o que preceitua o art. 20 do CDC, segundo o qual

> o fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha: a reexecução dos serviços, sem custo adicional e quando cabível (*inc. I*); a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos (*inc. II*) e o abatimento proporcional do preço (*inc. III*).

O ponto de exceção no TJET afeta diretamente as relações de consumo e circunscreve-se apenas (*e temporariamente*) ao que consta no art. 8º do diploma legal em foco, segundo o qual "até 30 de outubro de 2020, fica suspensa a aplicação do art. 49 do Código de Defesa do Consumidor na hipótese de entrega domiciliar (*delivery*) de produtos perecíveis ou de consumo imediato e de medicamentos". Nada mais. Além desse ponto, nada pode afetar, em princípio e como regra, o arcabouço jurídico-protetivo já consolidado em favor do presumivelmente vulnerável (e hipossuficiente) consumidor nessas três décadas de vigência do CDC.

Especificamente a respeito da regra contida no art. 20 do CDC, não se pode deixar de consignar que, a despeito de todos os méritos do parágrafo 1º do art. 20 do CDC, ("A reexecução dos serviços poderá ser confiada a terceiros devidamente capacitados, por conta e risco do fornecedor"), o direito que nele se consagra não foi introduzido no Direito Brasileiro pelo CDC. O Código Civil de 2002 (como se sabe, que teve gênese no Projeto de Lei 634, do distante ano de 1975), já o previa há mais de cinco décadas. O Código Civil, é importante relembrar, trouxe, sim, profundos avanços nas relações jurídicas de Direito Privado, os quais se aplicam, sem qualquer dúvida, às relações de consumo, por determinação prevista no art. 7º, *caput*, do CDC. O Código Civil do Brasil traz duas importantes regras nos parágrafos únicos dos seus artigos 249 e 251, que tratam, respectivamente, da obrigação de fazer não personalíssima e da obrigação negativa. Não há motivo para não as aplicar às relações de consumo. Tratando de obrigação de fazer, se o fato puder ser executado por terceiro, afirma o art. 249, "será livre ao credor mandá-lo executar à custa do devedor, havendo recusa ou mora deste, sem prejuízo da indenização cabível". O que nos importa é o parágrafo único da regra em destaque: "em caso de urgência, pode o credor, independentemente de autorização judicial, executar ou mandar executar o fato, sendo depois ressarcido". O mesmo se diz ao tratar da obrigação de não fazer prevista no art. 251:

> Praticado pelo devedor o ato, a cuja abstenção se obrigara, o credor pode exigir dele que o desfaça, sob pena de se desfazer à sua custa, ressarcindo o culpado perdas e danos. Parágrafo único. Em caso de urgência, poderá o credor desfazer ou mandar desfazer, independentemente de autorização judicial, sem prejuízo do ressarcimento devido.

Tais regras aplicam-se às relações de consumo em proveito do consumidor, seja porque o legislador não as exclui expressamente, seja porque a interpretação sistêmica é de todo adequada à situação, seja porque, em última análise, realizam com eficiência o Direito Fundamental de tutela do consumidor. Renan Lotufo[21] bem capta as potencialidades dessas regras do Código Civil. O revogado Código Civil de 1916 não continha dispositivo que correspondesse a esse comando. Nas palavras de Lotufo, o artigo em estudo merece elogios, pois introduz "a possibilidade de procedimento de justiça de mão própria no caso de urgência, possibilitando ao interessado a defesa dos seus interesses". Cuida-se de uma evolução do modelo de realização e exercício de direitos por meio de *autotutela de direitos*, o que não prevalecia no entendimento de Clóvis Beviláqua, consoante crítica de Agostinho Alvim lembrada por Renan Lotufo: "Clóvis Beviláqua sempre afirmou a necessidade de prévia manifestação judicial para que o terceiro executasse a prestação a expensas do devedor, o que tornaria inútil a providência, dadas as inevitáveis delongas". Como ensina o Mestre da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, a regra em referência é a realização concreta do *Princípio da atividade*, o qual se soma aos demais princípios apontados por Miguel Reale: o Direito exige que os titulares efetivamente tomem atitudes concretas e eficientes no sentido de sua realização. No caso, permite que as partes, por suas próprias forças, façam realizar a execução específica dos contratos independentemente de autorização prévia da autoridade judiciária.

4. Proposições conclusivas (ou lições a refletir): a oportunidade de resgate da autorresponsabilidade negocial e o papel da visão colaborativa (não adversarial) das partes

> Gostaria apenas de terminar dizendo que os mecanismos de gestão da crise contratual causada pela pandemia são diversos. É importante que não sejam inflacionados certos institutos, é importante que a ciência jurídica e os utilizadores do

---

[21] LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado:* obrigações: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 2, p. 51.

> Direito tenham consciência que existem dezenas de mecanismos previstos na parte geral e na parte especial do Código Civil e o exercício devido neste momento é, enquanto não temos uma lei que altere estas perturbações do cumprimento no seu todo (e talvez até seja bom que não a tenhamos), é saber manusear adequadamente esses institutos com a certeza que o nosso Código Civil não deixa de fora nenhuma situação, nem permite que desequilíbrios sejam perpetuados ou agravados, além daquilo que já sofremos nos últimos dias.[22]

É com essa iluminada lição que Catarina Monteiro Pires nos brinda e nos convida a refletir sobre o Direito Contratual pós-pandemia.

A pretensão de abrupta ruptura das negociações em andamento por uma abstrata invocação da pandemia de Covid-19 deve ser repelida pelos intérpretes da Ciência Jurídica.[23] Toda ruptura das negociações, para ser legítima, deve amparar-se em um motivo justificado, o que significa que deve existir um motivo objetivo (ou um motivo subjetivo suficientemente demonstrado e concreto) para que assim as partes procedam. Não se pode pensar de outro modo nesses tempos de pandemia. É essencial respeitar o sinalagma contratual. A situação de necessária e permanente equivalência entre prestação e contraprestação própria dos contratos bilaterais onerosos deve preocupar o intérprete nos dias que correm, pois, convém repetir, como regra, ambos (ou todos) os que figuram na relação contratual duramente afetada e ainda em execução (celebrada antes do advento da pandemia) são contratantes *inocentes*. A bilateralidade da vida e do contrato e as exigências da equivalência contratual ganham cores fortes nos dias que correm, desafiando a inteligência daqueles que se debruçam diariamente sobre esses conflitos. Não nos esqueçamos pois: inocência e sinalagma.

Duas lições finais, portanto, podem ser compartilhadas. Primeiro, é momento de resgate da autorresponsabilidade negocial das próprias

---

[22] PIRES, Catarina Monteiro. Modificar e renegociar o contrato, reduzir as prestações. *In: 1º Videocast novo coronavírus e gestão da crise contratual:* estratégias jurídicas. Lisboa: Centro de Investigação de Direito Privado, 2020, p. 44. Disponível em: https://bit.ly/2ZfCF2M. Acesso em: 1º jul. 2020.

[23] Disponível em: https://bit.ly/2ZCYny7. Acesso em: 20 junho 2020.

partes. Segundo, é tempo de realizar concretamente a visão colaborativa (não adversarial) das partes contratantes. Algumas palavras finais merecem ser ditas sobre cada uma delas. No que diz respeito à oportunidade de resgate da autorresponsabilidade negocial das próprias partes, é preciso lembrar (e vivenciar) uma realidade óbvia: cada sujeito deve ser o protagonista de sua própria caminhada. Cada indivíduo deve assumir a responsabilidade por suas escolhas e pelas consequências que delas provêm. Todas as escolhas implicam consequências. Nos contratos, as coisas não se passam de forma diferente. Somos livres nas escolhas, já se disse, mas somos prisioneiros das consequências.

O princípio da autonomia privada confere às partes proteção jurídica a suas ações/condutas lícitas e consubstancia o Direito Fundamental de Liberdade no plano das relações jurídicas. Disso decorre, dentre outras múltiplas consequências, que as partes devem envidar todos os esforços para a conservação dos contratos celebrados. Negociar, em tempos de pandemia de Covid-19, mais que um direito (potestativo) das partes em relação, passa a ser um *dever* dos contratantes para preservar a eficácia jurídico-social dos contratos.[24] É possível dizer que em todo contrato bilateral sinalagmático há uma implícita cláusula *hardship*.[25] O corte metodológico proposto não nos permite no momento desenvolver esse aspecto; assim o faremos em outra oportunidade.

À segunda lição: é momento de realizar concretamente a visão colaborativa (não adversarial) das partes contratantes. É tempo de resgatar as atemporais lições de Clóvis V. do Couto e Silva.[26] Na sua tese de Cátedra na Universidade Federal do Rio Grande do Sul defendida no ano de 1964, o civilista traz lições especialmente atuais. Em Roma, sabemos todos, a obrigação sustentava-se sobre a responsabilidade física pelo inadimplemento. Não havia naquele contexto qualquer forma colaborativa entre as partes: a subordinação do devedor ao credor era tão intensa que poderia acarretar a perda da vida e da liberdade. E assim foi a realidade

---

[24] A respeito do dever de renegociar, ver: SCHREIBER, Anderson. Devagar com o andor: coronavírus e contratos? Importância da boa-fé e do dever de renegociar antes de cogitar de qualquer medida terminativa ou revisional. Migalhas, [S. l.], 23 mar. 2020. Disponível em: https://bit.ly/2ZidTzd. Acesso em: 1º jun. 2020. Do mesmo autor: *Equilíbrio contratual e dever de renegociar.* São Paulo: Saraiva, 2018.

[25] A respeito da conservação do contrato e cláusula hardship, ver: GUERRA, Alexandre. *Princípio da conservação dos negócios jurídicos*. São Paulo: Almedina, 2016. (Coleção Teses).

[26] SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Editora FGV, 2008.

das obrigações até o advento da *Lex Poetelia Papiria* (326 a.C.), Lei da República Romana que suprime o *nexum* (por meio do qual havia a privação/perda da vida ou liberdade do devedor inadimplente ou de membro de sua família sobre o qual exercia autoridade). Desde então, passa a prevalecer, em matéria de adimplemento das obrigações, o Princípio da Patrimonialidade: é o patrimônio do devedor que responde pelo cumprimento de suas dívidas. Tal regra, dentre outras passagens, encontra-se cristalizada no art. 789 do CPC: "o devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei".

Em Roma, a obrigação era, como se conhece, marcada por um direito estático: credor e devedor assumiam posições antagônicas/adversariais. Ocorre que muito se passou nesses mais de vinte séculos. Tudo mudou. Clóvis V. do Couto e Silva ensina que, na verdade, a obrigação hoje é um processo que se desenvolve em várias etapas, todas voltadas para o adimplemento. É um *processo dinâmico*, polarizado pelo adimplemento, na sua lição, no qual as partes devem agir (atuar) em cooperação para viabilizar o cumprimento da prestação devida. Entre as partes em relação, há um interesse em que o seu fim seja atingido, sem a preponderância apriorística dos interesses de qualquer um deles. Sem esforços permanentes e bilaterais a bom termo do contrato, a resolução será constante no Direito Contratual, o que fere toda a estrutura sobre a qual se assenta o Direito das Obrigações.

A experiência judicante de expressiva parcela dos autores que compõe essa obra certamente permite conferir solidez a essa conclusão: sobretudo nos contratos relacionais (e nos de execução diferida/continuada), diante da natural (e permanente) alteração das circunstâncias do contrato (e perturbação das prestações), não é possível pensar em adimplemento sem pensar nos esforços envidados por ambos para que assim o seja. O perfil colaborativo (não adversarial) das partes, na *melhor possível acomodação de interesses convergentes*, deve ser lembrado em tempos de pandemia de Covid-19, de modo que não haja a sistêmica resolução dos contratos, o que seria o caos. É preciso, enfim, que o Direito (e as partes) criem e fomentem mecanismos cooperativos de atuação colaborativa conjunta, o que permite concluir, especialmente nesse contexto de pandemia, que negociar os termos da contratação, mais que um (mero) direito das partes, torna-se um verdadeiro dever imposto pelas exigências do princípio da boa-fé objetiva

àqueles que se comportam de modo a conservar o contrato que deliberaram as partes celebrar e realizar, na maior extensão e fidelidade possíveis, a prestação devida.

Não seria demais lembrar que também a tutela da confiança no Direito Contratual impõe que sejam adotados comportamentos que se orientem a realizar uma bilateral cooperação eficiente. São, portanto, as próprias partes que devem, antes e acima de tudo, *comportar-se de modo exemplar;* e os maiores exemplos são o cumprimento à palavra empenhada e a assunção dos reais esforços para que o programa contratual chegue a bom porto, a despeito de todas as adversidades do percurso. O processo obrigacional, enfim, a ninguém é dado ignorar, parte da necessidade de cooperação de parte a parte no cumprimento de um programa comum por eles próprios estabelecidos, que, por expressa disposição de lei, corporifica um compromisso social (a função social do contrato é estabelecida como direito cogente no art. 421 do Código Civil, com nossos destaques: "A liberdade contratual *será* exercida nos limites da função social do contrato").

Encerraremos aqui, embora muito haja ainda a ser dito. Não é hora de intenso desenvolvimento da doutrina. Haverá, por certo, ocasião para que assim seja. É tempo, sim, de prudência, acomodação, programação e organização de concretos interesses e expectativas que se revelam no contrato. Pelos juristas, é momento de prudência e cautela. Nada de arroubos. Nada de sustos. A pandemia de Covid-19 ainda não foi vencida pela ciência e já nos trouxe sobressaltos demais. Já nos trouxe muitas perdas. Perdas de entes queridos, de amigos, de amigos de amigos. Não sejamos nós, intérpretes da Ciência do Direito, os que se porão a agravar a aflição dos aflitos. Enfim, como diz o samba que referi nas primeiras linhas, saibamos levar o barco devagar.

Referências

2º VIDEOCAST novo coronavírus e gestão da crise contratual: contratos em especial e responsabilidade. Lisboa: Centro de Investigação de Direito Privado, 2020. Disponível em: https://bit.ly/2ZCYny7. Acesso em: 20 jun. 2020.

BRASIL tem mais de 65 mil mortes por covid-19. *BBC News Brasil*, Londres, 7 jul. 2020. Disponível em: https://bbc.in/3id2192. Acesso em: 7 jul. 2020.

CORDEIRO, A. Barreto Menezes. Alteração das circunstâncias. *In: 1º Videocast novo coronavírus e gestão da crise contratual:* estratégias jurídicas. Lisboa: Centro de Investigação de Direito Privado, 2020. p. 28-35. Disponível em: https://bit.ly/3id0IXI. Acesso em: 1º jun. 2020.

CORREIA, Atalá. Os limites do caso fortuito e da onerosidade excessiva. *Consultor Jurídico,* São Paulo, 6 jul. 2020. Disponível em: https://bit.ly/2R7xi17. Acesso em: 7 jul. 2020.

GARBI, Carlos Alberto. *“Il Terzo Contratto”:* surge uma nova categoria de contratos empresariais? *Consultor Jurídico*, São Paulo, 30 jul. 2018. Disponível em: https://bit.ly/2F1MwT7. Acesso em: 1º jun. 2020.

______. A intervenção judicial no contrato em face do princípio da integridade da prestação e da cláusula geral da boa-fé: uma nova visão do adimplemento contratual. *Revista da EPM*, São Paulo, n. 1, 2014. Disponível em: https://bit.ly/2Zm3lPz. Acesso em: 1º jun. 2020.

GUERRA, Alexandre. *Princípio da conservação dos negócios jurídicos*. São Paulo: Almedina, 2016.

LARENZ, Karl. *Base del negócio jurídico y cumplimento de los contratos*. Tradução: Carlos Fernandez Rodriguez. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1956.

LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado:* obrigações: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2.

NUNES-FRITZ, Karina. Alemanha aprova pacote de mudanças legislativas contra a crise do coronavírus. *Migalhas*, [S. l.], 26 mar. 2020. Disponível em: https://bit.ly/3bIgZBA. Acesso em: 1º jul. 2020.

PIANOVSKI, Carlos Eduardo. A crise do covid-19 entre boa-fé, abuso do direito e comportamentos oportunistas. *Migalhas*, [S. l.], 16 abr. 2020. Disponível: https://bit.ly/3m76wV8. Acesso em: 1º jun. 2020.

______. A força obrigatória dos contratos nos tempos do coronavírus. *Migalhas*, [S. l.], 26 mar. 2020. Disponível: https://bit.ly/3hbaKXS. Acesso em: 1º jun. 2020.

PIRES, Catarina Monteiro. *Contratos:* perturbações na execução. Lisboa: Almedina, 2019.

______. Modificar e renegociar o contrato, reduzir as prestações. *In: 1º Videocast novo coronavírus e gestão da crise contratual:* estratégias jurídicas. Lisboa: Centro de Investigação de Direito Privado, 2020. p. 36-44. Disponível em: https://bit.ly/2ZfCF2M. Acesso em: 1º jul. 2020.

______. *Impossibilidade da prestação*. Lisboa: Almedina, 2017. (Coleção Teses).

SABRINNI, Fernanda. Teoria da imprevisão no direito francês e as “fissuras” do Canal de Capronne. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Belo Horizonte, v. 21, p. 131-144, 2019. Disponível em: https://bit.ly/32bghJV. Acesso em: 1º jul. 2020.

SCHREIBER, Anderson. Devagar com o andor: coronavírus e contratos? Importância da boa-fé e do dever de renegociar antes de cogitar de qualquer medida terminativa ou revisional. *Migalhas,* [S. l.], 23 mar. 2020. Disponível em: https://bit.ly/2ZidTzd. Acesso em: 1º jun. 2020.

______. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva, 2018.

SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Saraiva, 2002.

SIMÃO, José Fernando. O contrato nos tempos da covid-19: esqueçam a força maior e pensem na base do negócio. *Migalhas,* [S. l.], 3 abr. 2020. Disponível em: https://bit.ly/35olkZz. Acesso em: 1º jun. 2020.

SOUZA, Sylvio Capanema. O Código Napoleão e sua influência no direito brasileiro. *Revista da Emerj*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 26, p. 36-51, 2004. Disponível em: https://bit.ly/2F9UwRW. Acesso em: 1º jul. 2020.

Como prover segurança aos consumidores sem criar insegurança jurídica para todos? Reflexões em torno da responsabilidade civil nas relações de consumo e dos impactos da pandemia da Covid-19 a partir das decisões do Superior Tribunal de Justiça acerca dos danos sociais/danos morais coletivos

André Rodrigues Corrêa[1]
Professor

Sumário: Introdução; 1. O contínuo retorno: a função punitiva da responsabilidade civil no discurso da dogmática civilista; 2. A eterna vigilância: a função punitiva da responsabilidade civil no discurso da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça; Conclusão.

Introdução

No momento em que este texto é escrito já se passaram seis meses desde que casos de uma "misteriosa pneumonia" foram detectados no mês de dezembro de 2019 em Wuhan, China.[2]

Em 30 de janeiro a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou que o surto da doença causada pelo novo coronavírus (Covid-19)

---

[1] André Rodrigues Corrêa, professor de Direito Civil da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas. Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

[2] "A misteriosa pneumonia que preocupa a China", matéria publicada pela BBC em 6 de janeiro de 2020. Disponível em: https://bbc.in/336qzdm. Acesso em: 6 set. 2020. Hoje, após o aumento das pesquisas sobre a doença, vem se consolidando a compreensão de que a Covid-19 é uma doença infecciosa sistêmica. Disponível em: https://bit.ly/32WTOzm. Acesso em: 6 set. 2020.

constituía uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional — o mais alto nível de alerta da organização, conforme previsto no Regulamento Sanitário Internacional.

No Brasil, em 3 de fevereiro, o Ministério da Saúde, levando em consideração a declaração da OMS, publicou a portaria nº 188, na qual, avaliando os riscos do ingresso e disseminação da Covid-19 no território nacional, estabelece a situação de "Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional".[3] Três dias depois é promulgada a Lei 13.979, dispondo sobre medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus.[4]

Em 11 de março de 2020, a Covid-19 foi caracterizada pela OMS como uma pandemia.[5] Dois dias depois o estado de São Paulo edita seu primeiro decreto (Decreto 64.862), relativo à "adoção, no âmbito da Administração Pública direta e indireta, de medidas temporárias e emergenciais de prevenção de contágio pelo COVID-19 (Novo Coronavírus), bem como sobre recomendações no setor privado estadual."[6] Passados sete dias é declarado "Estado de Calamidade Pública".[7] Em poucos meses o estado de São Paulo publicaria 29 decretos atinentes à situação.[8]

Até a presente data foram confirmados no mundo 13.150.645 casos de Covid-19 (185.836 novos em relação ao dia anterior) e 574.464 mortes (4.176 novas em relação ao dia anterior).[9] No estado de São Paulo foram registrados 18.640 óbitos e 393.176 casos confirmados do novo coronavírus.[10]

---

[3] Disponível em: https://bit.ly/3lV883Z. Acesso em: 6 set. 2020.

[4] "Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019." Disponível em: https://bit.ly/2F69dFF. Acesso em: 6 set. 2020.

[5] "Folha informativa — COVID-19", atualizada em 15 de julho de 2020. Disponível em: https://bit.ly/2FbKKhG. Acesso em: 6 set. 2020.

[6] Disponível em: https://bit.ly/2R09igr. Acesso em: 6 set. 2020. O referido Decreto é complementado pelos Decretos 64.863 e 64.864 publicados, respectivamente, em 16 e 18 de março de 2020.

[7] Disponível em: https://bit.ly/3buZHYs. Acesso em: 6 set. 2020.

[8] O último deles, até a presente data, é o Decreto 65.056, de 10 de julho de 2020, que estende a quarentena no estado até 30 de julho. Disponível em: https://bit.ly/3h5NE59. Acesso em: 6 set. 2020.

[9] "Folha informativa – COVID-19", atualizada em 15 de julho de 2020. Disponível em: https://bit.ly/2FbKKhG. Acesso em: 6 set. 2020.

[10] Disponível em: https://bit.ly/2QWRaEe. Acesso em: 6 set. 2020.

Datas e números podem dar uma ideia da velocidade e da grandeza dos fatos, mas não são suficientes para captar os efeitos deles sobre as pessoas. Expressões como "taxa de transmissão", "achatamento da curva", "transmissão comunitária", "distanciamento social" e palavras como "autoisolamento", "quarentena", "assintomático" e "pandemia" revelam a presença da doença na linguagem cotidiana, mas não revelam os sentimentos que atingem as pessoas que agora usam essa linguagem.

Não há uma data estabelecida para que essa tragédia termine, nem um número limite de vítimas. Palavras seguem sendo incorporadas dia a dia ao vocabulário, mas a que traduz o desejo compartilhado por todas as pessoas neste momento já existe há bastante tempo: segurança. Sair de casa em segurança, pegar o transporte público em segurança, trabalhar em segurança, frequentar locais públicos em segurança etc.

Até que se encontre uma vacina e se obtenha uma ampla imunização da população, esse objetivo somente pode ser obtido pela "redução do risco de contágio". Para isso há um conjunto de orientações e protocolos técnico-científicos estabelecidos que visam regular as condutas dos indivíduos de forma a produzir não a segurança desejada, mas a segurança possível.

Se à ciência cabe tornar real o desejado por intermédio de uma vacina, ao Direito cabe tornar real o possível por intermédio da concretização de regras que incentivem os indivíduos a atuarem para reduzir os riscos.

É nessa linha de reflexão que se insere a discussão atual acerca do papel que as regras da responsabilidade civil podem desempenhar na criação de incentivos à adoção, pelos indivíduos, de condutas seguras. Seria adequado o uso dessas regras para realizar tal tarefa? De que maneira e com que cuidados deveriam ser utilizadas? Essas são perguntas que, já há algum tempo, estão presentes nos debates em torno das figuras dos denominados "danos sociais"[11] e/ou "danos morais coletivos".[12]

---

[11] Categoria sugerida inicialmente por Antonio Junqueira de Azevedo no texto: Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. *Revista Trimestral de Direito Civil,* [S. l.], v. 19, p. 211-218, 2004.

[12] Ao que tudo indica essa expressão aparece pela primeira vez na doutrina no artigo de Carlos Alberto Bittar Filho: Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor,* São Paulo, v. 12, 1994.

Este artigo tem a pretensão de, a partir da análise das premissas teóricas desses conceitos doutrinários e da forma como são utilizados na justificação das decisões do Superior Tribunal de Justiça, contribuir para o enfrentamento dessas questões.

1. O eterno retorno:[13] a função punitiva da responsabilidade civil no discurso da dogmática civilista

Segundo a visão consolidada sobre as regras de responsabilidade no âmbito do Direito Civil, sua função precípua seria promover a reparação/compensação do dano sofrido pela vítima,[14] ainda que na sua modalidade subjetiva possam também, indiretamente, realizar uma função punitiva.[15] Em contraposição, poder-se-ia apontar que as regras instituidoras da responsabilidade no âmbito do Direito Penal teriam por função principal punir o ato realizado pelo réu, ainda que, indiretamente, pudessem realizar uma função de reparação/compensação.[16]

---

[13] Eis um paradoxo interessante: Se Jhering estiver certo e a história da pena for a história de sua abolição constante, então a história da pena é, igualmente, a história de seu retorno constante, pois só aquilo que continuamente retorna pode ser abolido constantemente (a referência à opinião de Jhering sobre a história da pena está em Franz Von Liszt: *Tratado de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Briguiet & C., 1899, v. 1, p. LIV.

[14] Segundo Fernando Pessoa Jorge a "opinião geral atribui à responsabilidade civil *função meramente reparadora*" estabelecendo como "fim dela a restituição do lesado ao estado que se encontraria se não tivesse havido lesão." (Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil. Coimbra: Almedina, 1995, p. 49). De acordo com Clóvis do Couto e Silva "como se cuida, porém, de composição de danos, o direito civil não pode cingir-se, como o direito penal apregoa, à falta de valor do próprio ato (daí a punição da tentativa), mas deve levar em consideração os efeitos decorrentes de uma atividade, ou ação. (SILVA, Clóvis do Couto e. Dever de indenizar. *In:* FRADERA, Vera Maria Jacob de (org.). *O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 183). No mesmo sentido ver: ASSIS, Araken de. *Eficácia civil da sentença penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 27-28.

[15] "Mas o simples facto de a obrigação de indemnizar se basear, em regra, na culpa do agente, não pode deixar de levar ao reconhecimento de que a responsabilidade meramente civil exerce, ainda que em plano secundário ou indirecto, uma função punitiva e preventiva." (JORGE, Fernando Pessoa, op. cit., p. 52).

[16] A vítima, por meio da aplicação da pena ao réu, pode experimentar a restauração/reparação de sua crença na Justiça. A sanção, portanto, cumpriria um papel importante para apaziguar o sentimento de injustiça experimentado pela vítima e para afastar o incômodo psicológico experimentado pela ideia de que existem atos maus impunes. Nesse sentido, Klaus Gunther alerta que a frustração das expectativas normativas da sociedade partilhadas em geral pode abalar a crença na validade da norma, criando portanto a necessidade de que algo aconteça para eliminar esse abalo. Esse "algo" é a aplicação da pena ao réu. Crítica da pena I. *In: Teoria da responsabilidade no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 70-71.

Aliás, mesmo em manifestações doutrinárias que assumem como premissa a dicotomia entre sanção civil e sanção penal é possível identificar um elemento comum a ambas sanções: o esforço em "restaurar" uma situação após a ocorrência de uma interferência lesiva:

> O direito penal vê, no crime, um elemento perturbador do equilíbrio social, e contra ele reage no intuito de *restabelecer esse equilíbrio* necessário à vida do organismo social; o direito civil vê, no ato ilícito, não mais um ataque à organização da vida em sociedade, mas uma ofensa ao direito privado, que é um interesse do indivíduo assegurado pela lei, e, *não podendo restaurá-lo, procura compensá-lo, satisfazendo o dano.*[17] (grifos nossos)

Em ambas sanções se expressaria um mecanismo jurídico de reequilíbrio/restauração.[18] Apenas o alvo e a forma de atuação seriam distintos: numa, o réu e a punição da conduta, na outra, a vítima e reparação de sua lesão.[19] Estas distinções poderiam ser explicadas pela

---

[17] BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1976, p. 272.

[18] A noção de restauração/reequilíbrio se apresenta tanto nas teorias que compreendem as normas de responsabilidade civil como expressão da justiça corretiva e, portanto, mais ênfase conferem à conexão entre a "culpa" na produção da lesão sofrida pela vítima e dever de "restaurar" a situação ao estado anterior, como nas que admitem a responsabilidade fundada no risco como expressão da justiça distributiva, nas quais a ênfase da reparação decorre da necessidade de reestabelecer uma ordem que foi perturbada pelos riscos atribuídos a determinadas atividades. Sobre as primeiras teorias ver: BARBIERI, Catarina Helena Cortada. *Filosofia e Direito Privado:* a fundamentação da responsabilidade civil contemporânea a partir da obra de Ernest Weinreb. São Paulo: Almedina, 2019, p. 189-201; quanto às últimas ver: CORRÊA, André Rodrigues. *Solidariedade e responsabilidade:* o tratamento jurídico dos efeitos da criminalidade violenta no transporte público de pessoas no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 287-290, 299-314.

[19] "O direito penal vê, por trás do crime, o criminoso, e o considera um ente anti-social, que é preciso adaptar às condições da vida coletiva ou pô-lo em condições de não mais desenvolver a sua energia perversa em detrimento dos fins humanos, que a sociedade se propõe realizar; o direito civil vê, por trás do ato ilícito, não simplesmente o agente, mas, principalmente, a vítima, e vem em socorro dela, a fim de, tanto quanto lhe for permitido, restaurar o seu direito violado, conseguindo assim, o que poderíamos chamar a eurritmia social refletida no equilíbrio dos patrimônios e das relações pessoais, que se formam no círculo do direito privado." (BEVILÁQUA, op. cit., p. 272-273).

diferença no "bem protegido" que teria, segundo muitos,[20] uma "transcendência superior a quaisquer paradigmas da esfera 'civil'".[21] Mas isso deveria implicar assumir a premissa, que há muito não corresponde à realidade normativa, de que os direitos de personalidade têm sua tutela reservada ao campo exclusivo do Direito Penal.

Assim, por exemplo, para Orlando Gomes o âmbito de proteção dos direitos de personalidade "estaria fundamentalmente no Código Penal, uma vez que é no seu âmbito que se encontram as proibições aos comportamentos lesivos aos interesses extrapatrimoniais que protege". Porém, diante da "circunstância de que tais direitos absolutos passaram a ser também protegidos na área civil, deu-se lhes a contextura do direito subjetivo na suposição [...] de que a proteção civil, realizando-se em grande parte pelo mecanismo da responsabilidade civil, pressupõe a lesão a um direito subjetivo".[22]

Essa expansão da proteção dos direitos de personalidade traz consigo a perda da possibilidade de estabelecer uma distinção clara entre os campos de atuação do Direito Civil e do Direito Penal, conforme Teixeira de Freitas já antevia no século retrasado,[23]

---

[20] É comum encontrar na doutrina civilística brasileira afirmações genéricas como esta: "No caso da responsabilidade penal, o agente infringe uma norma de direito público. O interesse lesado é o da sociedade. Na responsabilidade civil, o interesse diretamente lesado é o privado." (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 19). Na mesma linha Fernando Noronha, ecoando ideia já expressa por Beviláqua, afirma que na comparação entre ambas responsabilidades é fundamental reter que enquanto a responsabilidade penal tem como foco a pessoa do infrator, cuja conduta é preciso reprimir através da sanção penal aplicada com fins tanto de retribuição como de prevenção geral e especial, a responsabilidade civil tem por finalidade eliminar as consequências do ato ilícito do réu sobre a pessoa/patrimônio da vítima, ou seja, restaurar a situação da vítima ao status quo ante. Segundo ele essa distinção fundamental se dá em razão do fato de que a finalidade da responsabilidade penal é reprimir infrações tidas como particularmente graves que interessam à sociedade como um todo, enquanto as consequências lesivas do ato ilícito civil interessam, fundamentalmente, às vítimas (*Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 508-509).

[21] ASSIS Araken de, op. cit., p. 29.

[22] GOMES, Orlando. Direitos da personalidade e responsabilidade civil. *In: Novos temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 266.

[23] "Sem dúvida, os direitos de personalidade, quais são todos os que resultam do desenvolvimento de nossa liberdade, que tem hoje tantas denominações, carecem de explicações ou restrições, como carece o direito de propriedade, restrições que os harmonizam com as exigências do bem social; mas se as explicações da propriedade pertencem em regra à Legislação Civil, as outras entram na esfera das Leis Administrativas, e particularmente das Leis de Polícia", portanto, caso "não haja distinção entre as relações jurídicas, já do poder público com os indivíduos, já dos indivíduos entre si; não haja distinção entre os direitos de personalidade, e os da propriedade, não se restrinja também a significação da palavra *delicto; e será impossível marcar a linha de separação entre o Direito Civil, e o Direito Criminal*". FREITAS, Teixeira de. *Consolidação das Leis Civis*. 3. ed. Rio de Janeiro: Garnier, 1876, p. CV-CVI.

com o risco de embaralhamento dos critérios que desde a modernidade[24] vem sendo utilizados para imputação de responsabilidade, com o consequente aumento da insegurança jurídica na aplicação das regras jurídicas àqueles relacionadas. Se esse vaticínio já parecia se confirmar ao longo dos anos 1990, quando o tratamento doutrinário apresentava uma postura ambivalente, para não dizer contraditória, que ora se inclinava à admissão de um caráter compensatório e ora à legitimação de um caráter punitivo da sanção aplicada ao dano moral individual,[25] ele se confirma em definitivo ao longo dos anos 2000 com o aumento das teses doutrinárias que buscam referendar o uso das regras de responsabilidade civil como instrumento de dissuasão da prática de ilícitos, mormente nos casos envolvendo lesões a bens coletivos e/ou difusos.

O exemplo mais acabado dessas teses doutrinárias surge em 2004 na *Revista Trimestral de Direito Civil*, em artigo de autoria de Antonio Junqueira de Azevedo no qual é proposto o conceito de "dano social".[26] Nesse artigo o autor, partindo da premissa de que com a edição do art. 944 do Código Civil de 2002[27] estaria proibida qualquer "imputação de 'punitive damages', no sentido próprio, nem como punição nem como desestímulo",[28] se impõe a tarefa de justificar o cabimento do que, nas suas palavras, seria uma nova categoria de dano.[29]

Essa reflexão, segundo o referido autor, era ainda mais relevante, pois vivia-se então (2004), no Brasil, um momento de "profunda insegurança quanto à própria vida e incolumidade física e psíquica" que "deveria levar todos os juristas, independentemente do seu campo de atuação, a refletir e procurar soluções para aquilo que poderíamos afirmar, pedindo desculpas, se for o caso, aos penalistas, como ineficiência do direito penal para impedir crimes e contravenções — atos ilícitos,

[24] Sobre o estado pré-moderno de indistinção entre direito público e direito privado ver: LOPES, José Reinaldo de Lima. *As palavras e a lei:* direito, ordem e justiça na história do pensamento moderno. São Paulo: Ed. 34, 2004, p. 202 e ss.

[25] HIRATA, Alessandro. Critérios para cálculo de dano moral na doutrina brasileira. *In: Dano Moral*. Brasília, DF: Ministério da Justiça, 2010, v. 37, p. 107-110. (Série Pensando o Direito). Disponível em: https://bit.ly/3jRNwb1. Acesso em: 6 set. 2020.

[26] AZEVEDO, Junqueira, op. cit., p. 211-218.

[27] "A indenização mede-se pela extensão do dano".

[28] AZEVEDO, Junqueira, op. cit., p. 211.

[29] Ibid., p. 212.

na linguagem civilista".[30] Ou seja, parece-nos que o autor do artigo pretendia refletir sobre instrumentos jurídicos cuja aplicação permitisse reduzir o que enxergava como uma crise de legitimidade da norma jurídica: as normas não são cumpridas e, portanto, há que se imaginar quais normas podem ser introduzidas para incentivar o cumprimento das normas.

A solução, segundo a proposta do texto, estaria no incremento da função punitiva do direito e, no que diz respeito ao direito civil, à função punitiva da responsabilidade civil. Assim, diante do fato de que o art. 944 da CC/02 parece impedir o uso da responsabilidade civil como instrumento punitivo, apresenta-se a pergunta óbvia: como isso seria possível? E antes de responder essa pergunta o autor expôs o que lhe pareceria ser outro impedimento à função punitiva da responsabilidade civil: se a punição depende do exame do dolo ou da culpa, como isso seria possível nas hipóteses de responsabilidade objetiva?[31]

O autor considera punição e retribuição como sinônimos, estabelecendo uma distinção entre punição e prevenção. Parece-nos, porém, mais correto, em termos lógicos, realizar a distinção a partir do sujeito em relação ao qual voltam-se os critérios quantificatórios (vítima-indenização e autor-punição) e das funções da sanção (retribuição e dissuasão).

Tomada a retribuição como finalidade, seja o objeto de referência para aplicação da sanção o dano "ocorrido" ou a conduta "realizada", temos que tanto a indenização quanto a pena visarão o passado como suporte de justificativa para a sua incidência. Já no que diz respeito à dissuasão, é importante perceber que tanto na específica (prevenção negativa) como na geral estamos lidando com justificativa calcada em desdobramentos no futuro, pois na primeira estamos falando da criação de um incentivo para que o sujeito da sanção não venha a atuar da mesma forma, enquanto na segunda estamos tratando da produção de desestímulo sobre terceiros, isto é, a sanção sofrida pelo sujeito torna-se exemplo para que terceiros não realizem a mesma conduta no futuro.

[30] Ibid., p. 212.
[31] Ibid., p. 214.

Cabe observar que, diferentemente do que parece perceber o autor, a atuação da função dissuasória cria dificuldade de justificação, pois impor uma sanção que irá ser fixada não com base em fatos já ocorridos (a extensão do dano, a culpa do agente), mas amparada por inferências/previsões em relação ao que pode vir a ocorrer, traz ao tribunal o ônus de demonstrar que tal medida tem a capacidade, ainda que potencial, de induzir a realização da conduta futura esperada (aumento da aderência do público em geral à regra de conduta em razão do receio de que, do contrário, sofrer-se-á punição) ou de evitar a realização da conduta futura indesejada (reduzir a propensão do réu à reincidência).

A prova de que o autor não identifica este problema encontra-se na seguinte passagem na qual afirma que "se a finalidade da indenização for a dissuasão, nem é preciso examinar dolo ou culpa grave; o desestímulo é cabível ainda que se fique exclusivamente no campo da responsabilidade objetiva".[32] Ora, ainda que seja correto afirmar que não é necessário analisar o dolo ou a culpa do agente se o que se pretende com a sanção é dissuadir o réu ou os terceiros de realizar a ação tida por contrária ao direito, isso não resolve o problema que está em saber se o passado pode fornecer critérios para uma sanção que pretenda ter atuação sobre o futuro.

Pode a análise do dano ou da culpa servir de base para a fixação de uma sanção que não pretende ser retributiva, mas dissuasiva? Fornecerão esses elementos a base necessária para avaliar o *"quantum"* de dissuasão é necessária? Certamente não, pois, ainda que o dano e a culpa possam ser pequenos, a probabilidade de que o ato se repita pode ser muito grande.

A maneira que o autor pretendeu encontrar para fixar sanções suficientemente intensas como forma de produzir dissuasão suficiente foi afirmar que o dano sofrido pela vítima ou a culpa do autor poderão estar ligados a um dano de grande extensão implícito na violação de certas normas. Esse seria o denominado "dano social". Observe-se:

> é que um ato, se doloso ou gravemente culposo, ou se negativamente exemplar, não é lesivo somente ao patrimônio material ou moral da vítima, mas

[32] AZEVEDO, Junqueira, op. cit., p. 214.

> sim *atinge a toda sociedade, num rebaixamento imediato do nível de vida da população*. Causa dano social. Isto é particularmente evidente quando se trata da segurança, que traz diminuição da tranquilidade social, ou de quebra de confiança, em situações contratuais ou paracontratuais, que acarreta redução da qualidade coletiva de vida.[33]

Isso se explicaria, segundo o autor, pela existência de uma obrigação autônoma de segurança que a todos cabe obedecer:

> Logo, qualquer ato doloso ou gravemente culposo, em que o sujeito 'A' lesa o sujeito 'B', especialmente em sua vida ou integridade psíquica, além dos danos patrimoniais ou morais causados à vítima, é causa de um dano à sociedade como um todo e, assim, o agente deve responder por isso. O art. 944 no Código Civil, ao limitar a indenização à extensão do dano, não impede que o juiz fixe, além das indenizações pelo dano patrimonial e pelo dano moral, também — esse é o ponto — também uma indenização pelo *dano social*. A 'pena' — agora, entre aspas, porque no fundo, é reposição à sociedade — visa restaurar o nível social de tranquilidade diminuída pelo ato ilícito.[34]

O autor afirma que se trataria de efetiva indenização, pois assume que haveria um bem que depois de diminuído pelo ato do réu, seria reposto em seu status quo ante pela condenação: esse bem seria a "tranquilidade social". Ora, ocorre o mesmo com esse e com os demais bens de personalidade: não há como medir o nível de tranquilidade anterior ao fato, assim como não há como medir seu nível após a condenação. A alegação de que é possível medir a qualidade de vida de uma dada sociedade por meio do IDH, embora verdadeira, é imprestável para o argumento que o autor está tentando realizar, pois não há como um Tribunal de Justiça saber quanto do IDH de uma dada sociedade está

---

[33] AZEVEDO, Junqueira, op. cit., p. 214.
[34] Ibid., p. 215.

vinculado, por exemplo, ao nível de pontualidade das companhias de transporte aéreo, para usarmos o exemplo do autor. A instituição não possui instrumentos para avaliar essa conexão, medir se houve diminuição e muito menos estabelecer qual a correlação entre condenação e reposição do nível anterior.

Diferentemente do que sustenta o autor, é incrivelmente difícil estabelecer a conexão entre o ato do réu e a diminuição das condições coletivas de segurança ou do índice de qualidade de vida da população. Mas isso, paradoxalmente, não será um problema para o tribunal caso adote esse conceito, conforme veremos.

O que a criação da categoria jurídica "dano social" realmente permite é a atuação arbitrária do tribunal que, ao partir da premissa correta de que as normas jurídicas estão intrinsecamente ligadas a padrões de proteção social ou de qualidade coletiva de vida, se vê autorizado a concluir que se tais normas são violadas temos a ocorrência de um dano social (independentemente da demonstração da ocorrência de qualquer dano específico). Sendo assim, o que o uso dessa categoria acaba por legitimar, equivocadamente, é a indistinção entre violação da norma (ação) e dano (efeito). Tanto assim que, para o autor, a violação dessas normas seria, em si, um dano: o que denominou dano social.[35]

Ao eliminar a distinção entre ilicitude e dano o conceito acaba também tornando inútil o termo de conexão entre ambos: o nexo causal. Ora, se da violação da regra se infere a ocorrência do dano social é porque se assumiu como premissa que o ato do réu "causou" diminuição das condições coletivas de segurança ou do índice de qualidade de vida da população. Esse raciocínio que estabelece um dogma no lugar onde deveria existir um argumento de dogmática (jurídica) é bastante semelhante àquele trilhado por algumas decisões do Superior Tribunal de Justiça relativamente à figura do "dano moral coletivo".

---

[35] O autor afirma (Ibid., p. 207) que os danos ambientais são materiais, pois passíveis de verificação pela biologia e ecologia, enquanto os danos sociais não o são, pois seriam apuráveis pela sociologia e estatística. Ora, também essas duas ciências lidam com fenômenos materiais. Aliás, a questão relativa ao equilíbrio de um determinado ecossistema é tão material quanto a análise acerca da manutenção da qualidade de vida de um grupo social. É exatamente o problema da prova do dano extrapatrimonial/moral ambiental que será objeto de intenso debate quando do julgamento do Recurso Especial 598281/MG, debate que será analisado adiante.

É a essa figura que, desde meados nos anos 2000, o Superior Tribunal de Justiça vem recorrendo para, com base em certas manifestações doutrinárias,[36] aplicar regras de responsabilidade civil com finalidade punitiva e dissuasória. Quais os riscos ínsitos a essa opção no que diz respeito aos padrões mínimos de coerência e segurança jurídica que se espera da atuação do Sistema de Justiça dentro de um Estado Democrático de Direito é o que se pretende demonstrar a seguir.

2. A eterna vigilância:[37] a função punitiva da responsabilidade civil no discurso da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

Ao analisarmos a trajetória do conceito de "dano moral coletivo" na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça vemos que, apesar da inicial resistência à admissão da figura justificada com base na impossibilidade lógica de uma compensação, a "dor coletiva" acabou por consolidar uma orientação que não apenas admite, mas recomenda o recurso àquele conceito por compreendê-lo como mecanismo imprescindível de tutela a "valores fundamentais da sociedade".

A primeira vez que o Superior Tribunal de Justiça se debruçou sobre o problema do dano moral coletivo produziu uma decisão contrária ao seu reconhecimento. Isso ocorreu em 2 de maio de 2006 quando a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, nos autos da ação civil pública, solicitou a condenação do município de Uberlândia e de empresa de empreendimentos imobiliários por danos ambientais produzidos por loteamento irregular de determinada área no perímetro urbano da cidade.

[36] Leonardo Roscoe Bessa sustenta a similitude do problema posto pela categoria de dano moral coletivo com aqueles postos no âmbito do Direito Penal quando se discute se em certas situações a ofensa do bem jurídico "invariavelmente, dispensa resultado naturalístico", como por exemplo, os casos envolvendo crimes de mera conduta e/ou crimes de perigo nos quais "há que se perquirir, analisando a conduta lesiva em concreto, se o interesse que se buscou proteger foi atingido." (BESSA, Leonardo Roscoe. Dano moral coletivo. *Revista de Direito do Consumidor,* São Paulo, v. 59, 2006, p. 103).

[37] "It is the common fate of the indolent to see their rights become a prey to the active. The condition upon which God hath given liberty to man is eternal vigilance; which condition if he break, servitude is at once the consequence of his crime and the punishment of his guilt." — John Philpot Curran: Speech upon the Right of Election for Lord Mayor of Dublin, 1790. (Speeches. Dublin, 1808).

A referida ação civil pública, no que tange ao pedido de condenação dos réus ao pagamento da indenização relativa aos danos morais coletivos em razão da lesão ambiental, havia sido julgada procedente pelo juiz de primeira instância em vista do "descaso" e da "ilicitude da conduta".[38] Porém, tal pedido foi julgado improcedente pelo Tribunal Estadual de Minas Gerais. O tribunal estadual argumentou, quanto a este ponto, que "o dano moral é todo sofrimento causado ao indivíduo em decorrência de qualquer agressão aos atributos da personalidade ou aos seus valores pessoais, portanto de caráter individual, inexistindo qualquer previsão de que a coletividade possa ser sujeito passivo do dano moral".[39]

Contra essa decisão, apresentou o Ministério Público do Estado de Minas Gerais Recurso Especial no qual argumentava violação do disposto nos arts. 1º da Lei 7347/85[40] e 14, § 1º da Lei 6938/81.[41] Um dos focos da divergência estava na correta interpretação a ser dada ao art. 1º da Lei 7347/85 em razão da alteração proveniente do art. 88 da Lei 8884/94. A redação do referido artigo até aquele momento mencionava "ações de responsabilidade por danos causados" e a alteração introduziu a menção a "danos morais e patrimoniais causados". O que se discutia então era se isso implicava a admissão de que os danos elencados nos incisos poderiam se configurar na forma extrapatrimonial, como os danos ambientais morais, ou se isso apenas implicava que nos casos nos quais danos, por exemplo ambientais, produzissem, por ricochete, danos individuais morais estes também poderiam ser solicitados por meio da Ação Civil Pública patrocinada por um dos sujeitos legalmente autorizados a propô-la.[42]

---

[38] Recurso Especial 598281/MG, voto do relator, Min. Luiz Fux, p. 7.

[39] Recurso Especial 598281/MG, voto do relator, Min. Luiz Fux, p. 7.

[40] Lei federal que criou a Ação Civil Pública. Segundo o artigo primeiro, regem-se pelas disposições dessa lei "as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, infrações à ordem econômica e à ordem urbanística, bem como quaisquer outros interesses difusos ou coletivos." (art. 1º, *caput* e incisos I a VI).

[41] Lei federal que estabelece a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação. O art, 14 § 1º dispõe que o poluidor é "obrigado, independentemente de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade".

[42] Conforme o art. 5º, inciso I a IV, da lei 7347/85 têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: o Ministério Público, a Defensoria Pública, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista e qualquer

O relator adotou a opinião do Ministério Público e sustentou que a legislação teria sofrido "significativas mudanças, no sentido de ampliar o objeto da ação *sub examine*, para abranger a responsabilidade do infrator pelos danos morais causados a quaisquer dos valores e direitos transindividuais amparados pela referida legislação".[43] Na opinião do Ministro a admissão da condenação ao pagamento de indenização a esse tipo de dano aparece associada com a "preocupação precípua do julgador" de, nestes casos, "evitar o dano ao meio ambiente".[44] Isto é, surge como instrumento preventivo por meio do qual se amplia a proteção ao bem jurídico em questão.

Essa opinião, segundo o relator, está embasada em uma interpretação sistemática do art. 1º da Lei 7347/85 com a redação dada pelo art. 88 da Lei 8894/94, o que significa ler o referido artigo em associação com o disposto nos arts. 5º, V e 225 da Constituição Federal para concluir que, sendo o meio ambiente ecologicamente equilibrado um bem "essencial à sadia qualidade de vida", poder-se-ia sustentar que todo dano ambiental é, em verdade, um dano extrapatrimonial, uma vez que corresponde a uma lesão a bem não suscetível de avaliação econômica, isto é, uma lesão à qualidade de vida dos cidadãos.

O resultado desse raciocínio seria a ampliação do valor da indenização a ser paga e, portanto, do ônus atribuído ao réu, o que significaria a introdução de mais um incentivo à adoção de maior precaução por parte dos sujeitos que assumem riscos relativos ao meio ambiente.

Esse parece ser o raciocínio do relator quando chancela a opinião de que, relativamente aos danos ambientais, cabe ao sistema jurídico encontrar "uma solução que seja educativa e, ao mesmo tempo, reparatória".[45] A admissão do dano moral ambiental parece atender a essa

---

associação que, concomitantemente, esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil e inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

[43] Recurso Especial 598281/MG, voto do relator, Min. Luiz Fux, p. 8.

[44] Recurso Especial 598281/MG, voto do relator, Min. Luiz Fux, p. 8.

[45] MATOS, Eduardo Lima de. Dano ambiental: uma nova perspectiva de responsabilidade civil. *In: Grandes temas da atualidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2002 apud Recurso Especial 598281/MG, voto do relator, Min. Luiz Fux, p. 10.

necessidade, pois parece trazer à tona um elemento do dano ambiental que estava à sombra e que por essa razão não vinha sendo objeto de reparação. Ao mesmo tempo, ao implicar um aumento do valor a ser pago a título de indenização, aumenta o desincentivo para a realização, no futuro, de condutas semelhantes.

O problema aqui está na definição do que é efetivamente esse dano ambiental moral, pois se já havia uma dificuldade em quantificar o custo econômico implicado na restauração do ambiente lesado ao *status quo ante*, essa dificuldade se intensifica quando se deve estabelecer em que consiste, em cada caso, esse dano extrapatrimonial difuso. A essa dificuldade acaba por se somar a tendência de alteração, por força das demandas de prevenção, do foco de análise do juízo de responsabilização. Vejamos.

Se na origem a responsabilidade civil funcionava como um sistema de imposição de sanções aos sujeitos que tivessem produzido por sua ação antijurídica (ato ilícito) um resultado igualmente antijurídico (dano),[46] atualmente a sanção passa a ser justificada pela simples qualificação do ato como antijurídico e essa qualificação, em muitas ocasiões, decorre de considerações acerca da sua "reprovabilidade social". Mas por que seriam tais atos reprováveis socialmente? Porque deles decorreriam evidentes violações a direitos, interesses e valores fundamentais da sociedade. E, sendo tais violações "evidentes", não se faria necessário demonstrar sua ocorrência, pois seriam danos contidos *in re ipsa* nos próprios atos.

Essa orientação resolve vários problemas que, de outra maneira, o tribunal teria de enfrentar: dispensa a demonstração da existência do dano, que passa a ser presumido, e dispensa a demonstração do nexo causal entre ato e resultado, pois também essa conexão, obviamente, passa a ser apresentada como dada, isto é, presumida ao revés de ser comprovada.

Esse entendimento permite inclusive afirmar que há antijuridicidade mesmo diante do cumprimento da norma por aquele sujeito a quem se decidiu atribuir a responsabilidade pelo dano. Isso é o que se

---

[46] Aliás, nessa perspectiva, o resultado era tomado como antijurídico porque resultante de conduta antijurídica.

revela na escolha, feita pelo Ministro relator, de passagens doutrinárias nas quais se lê que "o princípio da responsabilidade objetiva é o da equidade, *para que se imponha o dever de reparação do dano e não somente porque existe responsabilidade*",[47] e que "[no caso de dano ao ambiente] não interessa se o autor do dano estava pautando sua conduta dentro dos padrões ambientais estabelecidos pelos órgãos de gestão ambiental, se, por exemplo, adotou medidas mitigadoras além das recomendadas",[48] concluindo que "a imposição da reparação civil, na forma aventada, funciona como um sistema educativo, estabelecendo uma punição exemplar para aqueles que atentarem contra o meio ambiente".[49]

Mas temos aqui a situação, no mínimo estranha, de se pretender punir alguém que pautou sua conduta por padrões estabelecidos por autoridades e adotou medidas de mitigação além do limite recomendado. O argumento serve de justificativa a uma condenação que visa *reparar danos com base no risco da atividade*, e revela-se absurdo/injusto quando a condenação se apresenta como forma de punir/educar o réu.

Com isso surge a situação paradoxal na qual se pretende punir o agressor pelo simples fato de ter causado dano — um dano, inclusive, que se presume existir. Ou seja, impõe-se uma pena sob a justificativa de que a situação supostamente produzida é reprovável e que, portanto, a conduta que presumivelmente a teria causado é, em si, condenável. Dessa forma, o dano moral coletivo é aqui apresentado por meio da ambígua expressão "ofensa ao sentimento difuso ou coletivo"[50] que denota uma mescla incindível entre ação e resultado: a ofensa é o ato em si, não seu resultado[51].

---

[47] ALONSO, Paulo Sérgio Gomes. Pressupostos da responsabilidade civil objetiva. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 40 apud Recurso Especial 598281/MG, voto do relator, Min. Luiz Fux, p. 11.

[48] Recurso Especial 598281/MG, voto do relator, Min. Luiz Fux, p. 13.

[49] Recurso Especial 598281/MG, voto do relator, Min. Luiz Fux, p. 15.

[50] Recurso Especial 598281/MG, voto do relator, Min. Luiz Fux, p. 17.

[51] Temos aqui o mesmo tipo de raciocínio utilizado na imputação de responsabilidade penal nos chamados crimes de mera conduta, nos quais considera-se que "certas condutas, por si sós, já constituem ofensas ao bem jurídico ou ao interesse tutelados pela ordem jurídica; essa ofensa se traduz na agressão desfechada contra o sentimento de ordem, contra a tranquilidade e a segurança coletivas, o que — é evidente — exige repressão. Esta repressão, dirigida contra a conduta agressiva, é uma garantia de proteção, de segurança, para toda a sociedade, por isso que tende a impedir a ocorrência de fatos mais graves." (PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes de mera conduta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p. 132).

A ambiguidade ínsita a essa construção fica expressa pela análise do exemplo doutrinário escolhido pelo Ministro Relator para ilustrar o argumento:

> Um exemplo típico da região Nordeste pode ser trazido à baila para caracterizar esta corrente defendida, entre outros, pelo Professor Leite e Paccagnella. O Rio São Francisco, o Velho Chico como é carinhosamente conhecido, recebe anualmente diversos turistas que se dirigem às suas margens apenas com a finalidade de admirá-lo e contemplá-lo, agradecendo ao Criador por tamanha beleza natural.
>
> A estas pessoas não interessa o valor econômico da água, das atividades ali exercidas e aquelas outras que indiretamente são beneficiadas com a existência do Velho Chico. Na verdade, estas pessoas buscam apenas contemplar a beleza e formosura desse rio de integração nacional. [...] Ora, levando em consideração que o malsinado projeto de transposição do Rio São Francisco que descumpre as normas da Lei 9.433/97 – siga adiante e culmine em produzir um dano irreversível ao Velho Chico.
>
> Não será apenas o dano patrimonial que se levará em conta, nem as consequências econômicas para toda a Região Nordeste, haverá também um dano moral, pois as pessoas não poderiam mais contemplar, meditar e admirar o Velho Chico, seria uma dor e uma irreparável perda.
>
> Então ocorreria a reparação civil voltada à recuperação do ambiente ou indenização pecuniária se a primeira hipótese não fosse mais possível, e também deveria ser concretizada uma reparação pelo dano moral ambiental causado a toda coletividade Nordestina.

Note-se que o exemplo começa mencionando interesses de indivíduos que não fazem parte da comunidade ribeirinha, isto é, turistas, e termina circunscrevendo o interesse à população da região nordestina. O problema, na definição da existência do dano, é que isso implica, em primeiro lugar, definir qual interesse tem preponderância: a amplificação da qualidade de vida do turista em razão do

prazer estético que a visão do rio lhe propicia ou a melhora da qualidade de vida da população da região, decorrente da intervenção, ou mesmo a melhora da qualidade de vida de populações de outras regiões do país beneficiadas indiretamente pela realização do projeto, pois se é um interesse difuso, ele necessariamente ultrapassa a coletividade nordestina.

Percebe-se que o problema na admissão do dano moral coletivo está, exatamente, na definição de sua extensão e, portanto, na sua própria existência. Tome-se outra passagem doutrinária escolhida pelo Ministro relator para servir de fundamento à sua decisão:

> Outras noções [de dano ambiental] ampliam o conceito incluindo também os bens culturais, como o patrimônio histórico. Outra versão mais extensa abarca problemas de política social, como a pobreza e a qualidade de vida em geral. Finalmente, outros concluem no conceito de qualidade de vida, compreendido pelo conjunto de coisas e circunstâncias que rodeiam e condicionam a vida do homem.[52]

Ora, aceita a opinião, poder-se-ia sustentar que a pobreza — mencionada pelo Relator — configura um dano moral coletivo. Diante disso surgiria a questão sobre possibilidade de as vítimas dessa situação, por meio de Ação Civil Pública, buscarem condenar, por exemplo, o Estado, na figura da Administração Pública, a pagar-lhes indenização correspondente. Ainda que não houvesse a administração cometido qualquer ilicitude na condução de suas políticas de combate à pobreza, deveria ser condenada haja vista que, conforme trecho de citação utilizada pelo Min. Relator em seu voto, não interessa se o autor do dano estava pautando sua conduta dentro de padrões legais, pois nada exclui sua responsabilidade:

---

[52] "O dano moral é uma sanção por algo imoral" (LORENZETTI, Ricardo Luís. O direito e o desenvolvimento sustentável: teoria geral do dano ambiental moral. *Revista de Direito Ambiental,* São Paulo, n. 2, p. 139-149 apud Recurso Especial 598281/MG, voto do relator, Min. Luiz Fux, p. 20).

> a Constituição de 1988 estabeleceu a responsabilidade civil objetiva dos agentes públicos, [...] ampliando desta forma o leque daqueles que devem responder diretamente pelos atos de seus agentes" criando assim "norma [que] visa resguardar os direitos do cidadão que fica vulnerável a diversos tipos de danos causados pela gigantesca máquina do Estado.[53]

A condenação seria revertida, segundo o Decreto 1306/94, para o fundo de defesa dos direitos difusos. Os recursos desse fundo, administrado pelo Ministério Público, seriam então utilizados para adoção de estratégias de combate à pobreza. Ao Ministério Público caberia administrar essas verbas de forma a produzir os resultados socialmente esperados. E a quem caberia o controle dos gastos do Ministério Público? Como se poderia permitir que aqueles que discordam da forma como os gastos estivessem sendo feitos interviessem para alterá-la? Vemos que um desdobramento possível da premissa assumida pelo Magistrado retiraria a decisão sobre alocação de recursos públicos do âmbito da política e a enviaria para o campo do direito. Mas caberia perguntar se esse é um efeito desejável dentro de uma Estado Democrático de Direito.

Outro problema não adequadamente equacionado pelo discurso do dano moral coletivo está no fato de que ele pode ser utilizado para justificar uma sanção jurídica a uma conduta imoral. Mas a imoralidade de um ato não pode ser respondida por uma sanção atinente à responsabilidade civil, com base na noção de justa retribuição, se o referido ato não produzir um dano e uma vítima, pois do contrário não há o que retribuir e nem a quem retribuir.[54] Ou seja, neste caso não se pode falar em dano, e portanto não é possível cogitar nem reparação, nem compensação de vítimas.

---

[53] Recurso Especial 598281/MG, voto do relator, Min. Luiz Fux, p. 13.

[54] "But where there is no victim but only a transgression of a moral rule, the view that punishment is still called for as a proper return for the immorality lacks even this suport. Retribution here seems to rest on nothing but the implausible claim that in morality two blacks make a white: that the evil of suffering added to the evil of immorality as its punishment makes a moral good." (HART, Herbert Lionel Adolphus. *Law, liberty and morality.* Londres: Oxford University Press, 1963, p. 60)

O relator, talvez antecipando essa crítica, sustenta que há, nesses casos de imoralidade, vítimas: são todos os membros da coletividade, pois esse dano se consubstancia no "sofrimento da comunidade".[55] Assim, a reprovação da conduta imoral se dá, não pela sua imoralidade, mas pelos danos que produz à comunidade. Mas esses danos são presumidos como existentes pelo aplicador da sanção. Isso permitiria sustentar no caso, por exemplo dos danos ambientais, a existência de dano de grande extensão, ainda que não exista nenhum dado biológico que demonstre a real extensão da alteração ambiental: "o reconhecimento do dano moral ambiental não está umbilicalmente ligado à repercussão física no meio ambiente, mas, ao revés, relacionado à *transgressão do sentimento coletivo,* consubstanciado no sofrimento da comunidade, ou do grupo social, diante de determinada lesão ambiental".[56]

Em resumo, se o ato for socialmente reprovável, imoral ou ilícito poderá, somente por essa razão, ser a "causa" de um sofrimento coletivo. Logo, pode-se justificar a aplicação da sanção com base apenas na demonstração de que o ato ocorreu. A sanção passa então a ser justificada pela simples realização da conduta.

A maioria da turma, porém, não adotou esse entendimento e preferiu acompanhar a opinião do Min. Teori Albino Zavascki. Foram três as principais oposições apresentadas pelo Ministro: a) "a vítima do dano moral é, necessariamente, uma pessoa",[57] b) "o dano moral envolve, necessariamente, dor, sentimento, lesão psíquica"[58] e c) "nem toda conduta ilícita importa em dano moral".[59]

A primeira oposição parece estar associada à assunção da premissa de que "os danos morais são ofensas aos direitos de personalidade".[60] Aqui o argumento é o de que a menção do direito à reparação do dano moral no art. 5, V da Constituição Federal demonstra sua necessária conexão com a ideia de direitos individuais.[61]

---

[55] Recurso Especial 598281/MG, voto do relator, Min. Luiz Fux, p. 27.
[56] Recurso Especial 598281/MG, voto do relator, Min. Luiz Fux, p. 27 (grifo nosso).
[57] Recurso Especial 598281/MG, voto do Min. Teori Albino Zavascki, p. 32.
[58] Recurso Especial 598281/MG, voto do Min. Teori Albino Zavascki, p. 32
[59] Recurso Especial 598281/MG, voto do Min. Teori Albino Zavascki, p. 33.
[60] Recurso Especial 598281/MG, voto do Min. Teori Albino Zavascki, p. 32.
[61] Recurso Especial 598281/MG, voto do Min. Teori Albino Zavascki, p. 32.

Assim, diferentemente do que sustenta o Min. Relator Luiz Fux, o Min. Teori Albino Zavascki parece asseverar que, do estabelecimento do direito à indenização de danos morais (art. 5º, V, CF/88) e do estabelecimento do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225, caput, CF/88), não decorre, necessariamente, a possibilidade de admissão da existência de danos morais ambientais, pois o correto seria entender que o art. 5º, V da Constituição Federal estabelece instrumento para tutela de direito individual e, portanto, inaplicável na tutela de direito "social".[62]

Ora, mas o direito à indenização do dano patrimonial também está mencionado no art. 5º, V e não parece haver nenhum impedimento para o estabelecimento da condenação à indenização de danos patrimoniais ambientais. Além disso, poder-se-ia sustentar que o direito à sadia qualidade de vida, previsto no art. 225, CF/88, é uma das manifestações do direito fundamental à vida[63] e, portanto, um direito de personalidade.

A segunda oposição tem o problema de, se adotada, contradizer a orientação do próprio STJ, consolidada na Súmula 227, que afastou a vinculação entre "dor e sofrimento" e "dano moral" como forma de admitir que pessoas jurídicas pudessem ser consideradas vítimas de tais danos.

Resta, portanto, apenas a terceira oposição em seu ataque à existência de vinculação necessária entre ato (ilícito) e dano (moral). Ou seja, no afastamento da noção de que o dano moral é um dano *in re ipsa*.

O problema, porém, está no fato de que foi exatamente a assunção dessa presunção que viabilizou a condenação ao pagamento de indenizações em inúmeros casos, como naqueles em que se alegava

---

[62] É possível qualificar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito social quando se percebe que este não se resume àqueles que estabelecem pretensões positivas dirigidas ao Estado. Se assim fosse, tal qualificação não poderia ser dada aos direitos trabalhistas que estabelecem, na maioria dos casos, pretensões que podem ser exercidas em relação a determinados particulares (empregadores). Os direitos sociais parecem ter de ser compreendidos tendo em vista mais a forma de tutela do que o sujeito a ela submetido, ou seja, mais do que perguntar a quem se dirige a pretensão (Estado ou particular) deve-se perguntar qual a forma adequada de tutela. No caso dos direitos sociais a resposta parece ser, obviamente, a tutela coletiva. Talvez seja essa a nota distintiva dos direitos sociais em relação aos direitos fundamentais de matriz individual.

[63] Essa premissa parece estar contida no raciocínio do Min. Relator Luiz Fux quando se atenta para a seguinte citação: "Destarte, reconhecendo o direito à qualidade do meio ambiente como manifestação do direito à vida" (Recurso Especial 598281/MG, voto do Min. Relator Luiz Fux, p. 9).

lesão à reputação da vítima que, obviamente, poderia ser uma pessoa jurídica. Aliás, todos os cinco precedentes que embasam a Súmula 227 tratam de dano à reputação (dano à honra objetiva) de pessoa jurídica. Sustentou-se ali que, sendo "evidente" que atos tais como o protesto indevido de duplicatas criam lesão à reputação da vítima, não se faz necessária nenhuma prova para que se proceda à condenação do réu.

A solução, portanto, para os danos extrapatrimoniais difusos ou coletivos, é a mesma que se dá para admitir a indenização do dano moral puro: esse dano se configura como "autoevidente". A recorrência a expressões como "protesto indevido", "uso indevido de imagem", "publicidade abusiva", "cobrança abusiva" etc., serve para destacar que, demonstrada a realização de ato tido por "indevido/abusivo", resta configurada a violação ao direito, interesse e/ou valor protegido. Tudo se resume a uma lesão que se assume como decorrência natural do fato (*in re ipsa*).

Assim, surge o que realmente conecta todos esses casos que parecem, num primeiro olhar, tão distintos entre si. O que une situações tão diversas quanto as que envolvem a reputação de uma sociedade comercial, a perda de um ente querido ou a poluição de um córrego é que em todas elas o tribunal dispensa a si mesmo de realizar qualquer esforço argumentativo na demonstração de que o ato do réu causou danos, pois em todas a lesão ao direito, interesse e/ou valor jurídico é tida por um fenômeno que é ou "autoevidente" ou "evidenciável" por "um sentimento público de comoção e perturbação a determinada comunidade"[64] que o próprio tribunal presume existir.

A admissão da existência de sentimentos coletivos e, por consequência, sofrimentos coletivos, está na base do argumento realizado pela Ministra Eliana Calmon quando do julgamento, pela Segunda Turma, do Recurso Especial 1057274/RS em 1º de dezembro de 2009 nos autos da Ação Pública movida pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul contra empresa de transporte público municipal sob a alegação de que a exigência do cadastramento de idosos maiores de 65 anos como requisito para a fruição do benefício da gratuidade era indevida e havia causado dano moral coletivo à categoria.

---

[64] Recurso Especial 59281/MG, voto do Min. José Delgado, p. 45.

O Tribunal Estadual do Rio Grande do Sul, embora concordando que o cadastramento não poderia ser exigido, afastou a ideia de que ele tivesse causado danos morais coletivos ao sustentar que "o dissabor experimentado pelos usuários do transporte gratuito [...] não configura abalo moral, mas tão somente incômodo pelo entrave burocrático para a concretização de um direito".[65]

O Ministério Público em suas razões de recurso sustentou que:

> para aferição do dano coletivo se mostra impertinente qualquer digressão afeta à dor psicológica, angústia ou outro sentimento de desvalia, porquanto tais variáveis somente são possíveis de ponderação quando em análise a pessoa humana considerada em sua individualidade, o que não se confunde com o caso dos autos [no qual] presumível [...] o sofrimento de desvalia e indignidade que cada um dos idosos foi alvo ao ter que se submeter às indevidas exigências da recorrida, o que torna prescindível qualquer discussão probatória acerca do efetivo prejuízo.[66]

Em seu voto a Ministra Eliana Calmon se afastou da orientação estabelecida pela Primeira Turma e admitiu a existência de danos morais coletivos e a possibilidade de presumi-los, justificando sua posição com argumentos que apelam à finalidade do Direito e ao alcance do conceito de "direito de personalidade".

Para a Ministra Relatora a possibilidade de presunção da existência de danos morais coletivos em certas situações se faz necessária pois "a lesão aos interesses de massa não podem ficar sem reparação, sob pena de criar-se litigiosidade contida que levará ao fracasso do Direito como forma de prevenir e reparar conflitos sociais".[67]

Além disso, segundo a Ministra Relatora, os danos morais coletivos nada mais são do que a lesão a "direitos de personalidade de grupo ou

---

[65] Recurso Especial 1057274/RS, Relatório, p. 2.
[66] Recurso Especial 1057274/RS, Relatório, p. 2-3.
[67] Recurso Especial 1057274/RS, Voto da Ministra Relatora Eliana Calmon, p. 7.

coletividade enquanto realidade massificada",[68] ou seja, considera que "a existência do dano extrapatrimonial coletivo pode ser examinado e mensurado, tendo-se em consideração os requisitos de configuração do dano moral individual",[69] pois, obviamente, tem por base o mesmo fenômeno: a lesão a um direito de personalidade.

Se, portanto, seguindo o raciocínio da relatora, admite-se que a violação do direito à saúde individual (como no caso de lesões corporais graves) implica, evidentemente, um sofrimento, uma angústia experimentada pelo indivíduo vítima da ação lesiva, como não admitir que a ocorrência de uma violação ao direito ao meio ambiente, compreendido como manifestação social coletiva daquele direito de personalidade,[70] implicaria também um sofrimento igualmente social e coletivo? Nas palavras da Relatora:

> Isso não importa exigir que a coletividade sinta a dor, a repulsa, a indignação tal qual fosse um indivíduo isolado. Estas decorrem do sentimento coletivo de participar de determinado grupo ou coletividade, relacionando a própria individualidade à ideia do coletivo.[71]

Assim a descabida exigência – nas palavras da relatora – de cadastramento para possibilitar aos idosos a fruição do direito à gratuidade implica, como violação desse direito de personalidade do grupo, "evidente" criação de constrangimentos e dificuldades que corporificam um dano extrapatrimonial coletivo. Exato? Não, pois ainda que tenha reconhecido ser "descabida a exigência das empresas de transporte urbano de cadastrarem os idosos para usufruto do benefício do passe livre" e corporificar "flagrante violação do art. 39, § 1º da Lei 10741/2003",[72]

---

[68] Recurso Especial 1057274/RS, Voto da Ministra Relatora Eliana Calmon, p. 9.

[69] Recurso Especial 1057274/RS, Voto da Ministra Relatora Eliana Calmon, p. 11.

[70] No voto da Min. Relatora Eliana Calmon encontra-se a seguinte passagem: "Com efeito, *os direitos de personalidade manifestam-se como uma categoria histórica, por serem mutáveis no tempo e no espaço. O direito de personalidade é uma categoria que foi idealizada para satisfazer exigências da tutela da pessoa, que são determinadas pelas contínuas mutações das relações sociais, o que implica a sua conceituação como categoria apta a receber novas instâncias sociais*. (cf. LEITE, José Rubens Morato. Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 287) (Recurso Especial 1057274/RS, p. 8)

[71] Recurso Especial 1057274/RS, Voto da Ministra Relatora Eliana Calmon, p. 11.

[72] A lei 10741/2003 conhecida como o Estatuto do Idoso estabelece em seu art. 39, § 1º que "aos maiores de 65 (sessenta e cinco) anos fica assegurada a gratuidade dos transportes coletivos públicos

concluiu a Ministra que não seria "injurídica a conduta da empresa", pois "visava evitar fraudes e quantificar a quebra do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de prestação de serviços de transporte".[73]

Assim, na sua opinião, não há a possibilidade de condenar a empresa ao pagamento de danos morais coletivos pela conduta ilícita porque seria "uma demasia punir a empresa impondo-lhe indenização por dano moral, muito embora seja reprovável a exigência de cadastrar os idosos para auferirem um direito que lhes está assegurado independentemente de qualquer providência".[74]

Se admitido que a conduta seja reprovável e, mais, antijurídica, e se sustentado que violações aos direitos de personalidade de um grupo permitem presumir o dano moral coletivo, como explicar o fato de a Ministra afastar a existência do referido dano, embora reconheça a antijuridicidade da conduta? Uma explicação possível é que o critério para justificar a sanção seria que certos atos configuram afrontas graves aos valores basilares da comunidade,[75] e, por essa razão, justificar-se-ia a sanção. No caso concreto, a empresa teria agido de forma ilegal, mas buscando "evitar fraudes", isto é, teria feito mal ao buscar o bem e, por essa razão, não mereceria ser "punida".

Havendo ilícito, mas também uma "boa justificativa", não haveria dano. Nesta linha de raciocínio, o que os tribunais afirmam quando presumem a existência do dano é a presença de uma conduta reprovável por ser "contrária a valores" ainda que não contrária à lei.

Dada a semântica dos valores,[76] estabelecer essa contrariedade é uma tarefa que deveria demandar um esforço de argumentação

---

urbanos e semi-urbanos, exceto nos serviços seletivos e especiais, quando prestados paralelamente aos serviços regulares."

[73] Recurso Especial 1057274/RS, Voto da Ministra Relatora Eliana Calmon, p. 9.

[74] Recurso Especial 1057274/RS, Voto da Ministra Relatora Eliana Calmon, p. 10.

[75] Em 7 de agosto de 2018, quando de julgamento prolatado pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça nos autos da coletiva de consumo, ajuizada pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul contra a BV Financeira S.A. — Crédito, Financiamento e Investimento, na qual era questionada a legalidade da cobrança de tarifa de emissão de boletos (TEC) e solicitava-se a condenação da instituição financeira à indenização de danos materiais e à compensação dos danos morais individuais e coletivos decorrentes dessa cobrança reputada abusiva, a Ministra Relatora Nancy Andrighi afirmou que os danos morais coletivos não estavam configurados na hipótese, pois "a exigência de uma tarifa bancária considerada indevida — não infringe valores essenciais da sociedade, tampouco possui os atributos da gravidade e intolerabilidade, configurando a mera infringência à lei ou ao contrato, o que é insuficiente para sua caracterização" (Recurso Especial nº 1502967/RS, p. 21). Esse posicionamento foi acompanhado pelos demais componentes da Turma.

bastante cuidadoso do intérprete. Mas infelizmente não é isso que se identifica no julgamento do Recurso Especial 1221756/RJ, em 2 de fevereiro de 2012, realizado pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça nos autos da Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro contra o Banco Itaú.

No voto do Ministro Relator Massami Uyeda, é possível ler que "nem todo ato ilícito se revela como afronta aos valores de uma comunidade",[77] pois para que isso ocorra "é preciso que o fato transgressor seja de razoável significância e desborde os limites da tolerabilidade. Ele deve ser grave o suficiente para produzir verdadeiros sofrimentos, intranquilidade social e alterações relevantes na ordem extrapatrimonial coletiva."[78]

Assim, para que se possa falar em "dano moral coletivo" seria necessário: a) a ocorrência de um ato ilícito que b) "implique na sensação de repulsa coletiva a ato intolerável".[79]

No caso em questão o Ministério Público movia a ação contra a instituição financeira em razão da ausência de atendimento prioritário para gestantes, idosos e deficientes físicos em andar térreo de agência bancária. Para o Ministro Relator, em tal caso era "indubitável a ocorrência de dano moral coletivo, apto a gerar indenização", pois "sob qualquer fundamento, não é razoável submeter aqueles que já possuem dificuldades de locomoção, seja pela idade, seja por deficiência física, ou por causa transitória, como as gestantes, à situação desgastante de subir, exatos 23 (vinte e três) degraus.[80]

O problema é que a decisão, além de não mencionar qual dispositivo legal teria sido violado pelo réu,[81] não explica por que razão a referida situação implicaria intranquilidade social e repulsa coletiva.

---

[76] Entende-se por "valor" um esquema abstrato de referência utilizado para compreender e avaliar ações (REALE, Miguel. *Cinco temas do culturalismo*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 37).

[77] Recurso Especial 1221756/RJ, voto do Ministro Relator Massami Uyeda, p. 8.

[78] Recurso Especial 1221756/RJ, voto do Ministro Relator Massami Uyeda, p. 8.

[79] Recurso Especial 1221756/RJ, voto do Ministro Relator Massami Uyeda, p. 8.

[80] Recurso Especial 1221756/RJ, voto do Ministro Relator Massami Uyeda, p. 8.

[81] Há menção apenas ao art. 6°, VI, CDC. No entanto, note-se que esse dispositivo trata do direito do consumidor a ser indenizado, mas não se refere ao direito que teria sido violado no caso e que, em razão, dessa violação produziria o direito à reparação. A ilicitude da conduta poderia, atualmente, ser sustentada se fosse contraposta a determinadas disposições normativas presentes nas leis 10.741/2003 (Estatuto do idoso) e 13.146/2015 (Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência).

O que há, isso está claro, é a irresignação do Ministro transformada em evidência “indubitável” (sic) da ocorrência do dano. E diante de ato que gera repulsa se faz necessária uma reação para interromper esse incômodo.

Mas se assim fosse teríamos desenvolvido um sistema jurídico no qual o sentimento de repulsa experimentado por quem julga permitiria a esse qualificar como antijurídico ato realizado anteriormente pelo indivíduo. Tal dinâmica criaria para os cidadãos o dever de antecipar quais ações/omissões poderiam gerar esse sentimento de repulsa e, com isso, resolver que curso de decisão tomar. O grau de insegurança jurídica produzida por tal sistema impediria que a aplicação da sanção pudesse criar condições para a obtenção daquilo que se poderia pretender com a sanção, ou seja, a dissuasão.

Conclusão

Segundo Adam Smith, muito da nossa ideia sobre justiça retributiva deveria ser entendido a partir da compreensão dos mecanismos de expressão do sentimento de ressentimento.[82] Essa afirmação que parece ser uma verdade reconhecida no âmbito da responsabilidade penal[83] também parece adequada como representação da dinâmica de imputação de responsabilidade civil nos casos envolvendo os chamados “danos morais coletivos”.

Nesses casos, como vimos acima, as decisões que imputam responsabilidade por danos morais coletivos vêm se apresentando, assim como as que imputam responsabilidade por crimes, como formas institucionais de expressão daquele sentimento. Assim, parece perfeitamente aplicável à responsabilidade civil a observação feita por James Fitzjames Stephen acerca da responsabilidade penal:

---

[82] *The theory of moral sentiments,* p. 34-38, 67-108.

[83] “Speaking very generally, we may say that criminal law (among others things that it does) institutionalizes certain feelings of anger, resentment, and even hatred that we tipically (and perhaps properly) direct toward wrongdoers — especially IF we have been *victims* of those wrongdoers.” (MURPHY, Jeffrie G. Retributive hatred: an essay on criminal liability and the emotions. *In:* FREY, R. G.; MORRIS, Christopher W. *Liability and responsibility:* essays in law and morals. Cambridge: Cambridge Studies in Philosophy and Law, 1991, p. 352).

> A sentença judicial é para o sentimento moral do público em relação a qualquer ofensa o que o selo é para a cera quente. Ela converte num julgamento permanente o que poderia, de outra forma, ser um sentimento transitório […] A inflição da pena pela lei dá expressão definitiva e solene ratificação e justificação a aversão gerada pela realização da ofensa.[84]

O pressuposto do raciocínio é de que a ofensa sofrida pela vítima é a causa do ressentimento que será expresso, publicamente, pela sentença condenatória que impõe ao réu uma sanção. Mas não poderia o ressentimento decorrente de outros fatos influenciar o julgador a enxergar ofensas onde elas, em princípio, não existiriam? Isso não ocorrerá em razão da atuação de um sistema de garantias ao réu calcado na ideia de que os ilícitos – criminais ou cíveis – são definidos em momento anterior à ação do réu e, consequentemente, anterior ao ato de julgamento.

Nas situações envolvendo a responsabilidade penal, a sanção decorreria da realização, pelo agente, de uma conduta previamente descrita como proibida, enquanto nas situações envolvendo a responsabilidade civil a sanção decorreria da produção de um resultado previamente descrito como proibido, isto é, a produção de um dano a direito e/ou interesse tutelado na lei. A peculiaridade da responsabilidade civil, em relação à penal, seria que não haveria uma descrição prévia e específica de qual conduta seria proibida. Essa margem de incerteza seria compensada pelo sistema jurídico a partir da assunção da premissa de que os direitos e interesses que podem ser danificados podem ser conhecidos pelo agente previamente.

O problema surge, porém, se a afirmação e/ou reconhecimento desse direito ou interesse ocorre exatamente quando se profere a decisão que imputa responsabilidade a alguém.[85] Nesse caso o momento de

---

[84] No original: "The sentence of the law is to the moral sentiments of the public in relation to any offence what a Seal is to hot wax. It converts into a permanent final judgement what might otherwise be a transient sentiment […] [T]he infliction of punishment by law gives definite expression and solemn ratification and justification to the hatred which is excited by the commission of the offence". (tradução nossa) (STEPHEN, James Fitzjames. *A history of the criminal law of England*. London: [s. n.], 1883, v. 2, p. 81-82).

[85] Sobre a função expressiva das regras de responsabilidade civil Tony Honoré mencionava que "[O]ne point of creating a tort, as opposed to a crime, is to *define and give content* to people´s rights

instituição do ilícito deixa de ser antecedente à sanção e passa a ser contemporâneo e, em sendo assim, a disseminação de um sentimento difuso de "desrespeito", de uma indignação inespecífica com algo que não se consegue nominar pode levar a que se enxerguem lesões a direitos que até aquele momento ou pareciam não existir ou não tinham contornos que permitiriam qualificar como dano injusto o resultado da ação do réu.

Argumentar, como faz a Ministra Relatora no caso envolvendo a exigência abusiva de cadastramento dos idosos,[86] que a possibilidade de presunção da existência de danos morais coletivos em certas situações se faz necessária, pois "a lesão aos interesses de massa não pode ficar sem reparação, sob pena de criar-se litigiosidade contida que levará ao fracasso do Direito como forma de prevenir e reparar conflitos sociais",[87] é assumir que a constatação da inadequação dos instrumentos da responsabilidade civil para o enfrentamento dos problemas postos pela violação de direitos, tais como à saúde e à segurança, significaria o fracasso do Direito. Tal conclusão implica a assunção de premissa, absolutamente equivocada, de que o sistema jurídico possa ser reduzido àquela específica área do direito. O fracasso das regras de responsabilidade civil no tratamento de problemas envolvendo lesões ao direito à saúde e à segurança significa apenas o fracasso do sistema das regras de responsabilidade civil, não do sistema jurídico.

Mas o que ocorre uma vez que se assume a identidade entre parte (responsabilidade civil) e todo (sistema jurídico)? Busca-se a criação de novos ou a modificação de antigos conceitos que permitam a esse conjunto de regras (responsabilidade civil) responder a esses novos desafios. Amplia-se o conceito de "direito de personalidade" até abarcar "direitos sociais" com vista a permitir que o que se compreende como violação desses gere, como decorrência lógica, danos morais coletivos

---

by providing them with a mechanism for protecting them and securing compensation if their rights are infringed", porém ressalvando: "[F]or though the state may be entitled to designate certain interests as rights and certain sorts of conduct as wrongs, it cannot thereby make it just for the right-holders to sue the wrongdoers for compensation. It cannot by fiat create a principle of justice linking the two." (HONORÉ, Tony. The morality of tort law: questions and answers. *In: Responsibility and fault*. Oxford: Hart, 1999, p. 70, 73, respectivamente).

[86] Recurso Especial 1057274/RS.

[87] Recurso Especial 1057274/RS, Voto da Ministra Relatora Eliana Calmon, p. 7.

(como em qualquer situação típica de violação de direitos de personalidade) passíveis de justificar uma condenação pecuniária.

E o que acontece quando o Ministro Relator, como no caso envolvendo as decisões sobre a configuração arquitetônica da agência bancária, sem mencionar qual dispositivo legal teria sido violado, restringe indiretamente o campo de atuação da liberdade empresarial ao aplicar ao réu condenação pecuniária sob a justificativa não demonstrada de que tal atuação, prima facie permitida,[88] implicaria "indubitável" (sic) intranquilidade social e repulsa coletiva.[89]

O que acontece quando os Tribunais, sob a justificativa de combater uma "cultura de licenciosidade infracional",[90] deixam de considerar a norma jurídica que exige, para a aplicação da sanção prevista nas regras de responsabilidade civil, necessariamente a presença de dano?[91] É correto permitir o mal – a ampliação de uma cultura que tolera o arbítrio das autoridades, no caso as autoridades judiciais – se realizado com a intenção de combater um outro mal, a denominada "cultura da transgressão"?[92] Ou são ambas, em realidade, a mesma cultura?[93]

---

[88] Art, 5°, II, Constituição Federal de 1988 estabelece que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei."

[89] Recurso Especial 1221756/RJ, voto do Ministro Relator Massami Uyeda, p. 8.

[90] Expressão utilizada pelo Ministro Herman Benjamin no voto prolatado no Recurso Especial nº 1574350 /SC julgado em 3 de outubro de 2017 pela Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça. No voto, entre uma das justificativas apresentadas pelo referido Ministro relator do caso para a condenação das transportadoras rés ao pagamento de danos morais coletivos em razão de seus veículos trafegarem com excesso de peso nas estradas era a de que, do contrário, ficaria sem resposta adequada à atitude das transportadoras que "espelha e semeia uma cultura de licenciosidade infracional" (p. 3).

[91] Segundo a dicção legal, são dois os requisitos de ilicitude do art. 186: violar direito e causar dano. Já no art. 187 há a possibilidade de ilicitude sem dano. Mas somente é possível imaginar a incidência da obrigação de indenizar na presença de um dano em razão da expressa dicção do art. 927, caput, ("causar dano") e do art. 944, CC (a indenização mede-se pela extensão do dano). Sobre a ilicitude do art. 187 Judith Martins-Costa também se manifesta no sentido de que essa per se não gera o dever de indenizar a não ser que desse exercício inadmissível de posição jurídica tenha decorrido dano (MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil:* volume 2: do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 127).

[92] "Nossa questão não é tanto de legislação, mas *também* do que ocorre quando se trata de aplicá-la" (DAMATTA, Roberto. Em torno da transgressão à brasileira. *In:* CARDOSO, Fernando Henrique; MOREIRA, M. M. (coord.). *Cultura das transgressões no Brasil:* lições da história. São Paulo: IFHC/ETCO, 2011, p. 128).

[93] Numa cultura na qual a todo o momento se recusa o reconhecimento de direitos, seja o seu próprio direito seja o dos outros, e se reitera a busca de privilégios, será que possuem os Tribunais o "privilégio" de poder não tomar a sério as regras legais?

O que acontece quando as autoridades, para justificar suas decisões frente a essa norma, passam a chamar de “dano” aquilo que não é o resultado de uma ação, mas é a própria realização da ação? Talvez a resposta a esta questão seja a mesma que se pode dar àquela antiga pergunta feita pelo Padre Antônio Vieira: “Se a mudança de um ponto e uma vírgula, pode ser a causa de tantos danos; que seria se se mudassem as palavras?”[94] Talvez a resposta esteja na advertência do próprio Vieira: “Quem julga com o entendimento, se entende mal, julga mal, se entende bem, julga bem. Porém, quem julga com a vontade, ou queira mal, ou queira bem, sempre julga mal; se quer mal, julga como apaixonado, se quer bem, julga como cego”.[95]

---

[94] Sermão da Terceira Dominga da Quaresma.
[95] Sermão da Segunda Dominga do Advento.

Referências

A MISTERIOSA pneumonia que preocupa a China. *BBC News Brasil*, Londres, 6 jan. 2020. Disponível em: https://bbc.in/336qzdm. Acesso em: 6 set. 2020.

ASSIS, Araken de. *Eficácia civil da sentença penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

AUTOPSIES in patients who died of Covid-19 are of extreme importance to help in the treatment of the disease. *Medicina USP,* São Paulo, 19 jun. 2020. Disponível em: https://bit.ly/32WTOzm. Acesso em: 6 set. 2020.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. *Revista Trimestral de Direito Civil,* [S. l.], v. 19, p. 211-218, 2004.

BARBIERI, Catarina Helena Cortada. *Filosofia e Direito Privado:* a fundamentação da responsabilidade civil contemporânea a partir da obra de Ernest Weinreb. São Paulo: Almedina, 2019.

BESSA, Leonardo Roscoe. Dano moral coletivo. *Revista de Direito do Consumidor,* São Paulo, v. 59, 2006.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1976.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor,* São Paulo, v. 12, 1994.

CORRÊA, André Rodrigues. *Solidariedade e responsabilidade:* o tratamento jurídico dos efeitos da criminalidade violenta no transporte público de pessoas no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2009.

DAMATTA, Roberto. Em torno da transgressão à brasileira. *In:* CARDOSO, Fernando Henrique; MOREIRA, M. M. (coord.). *Cultura das transgressões no Brasil:* lições da história. São Paulo: IFHC/ETCO, 2011.

ESTADO de SP registra 18,6 mil óbitos e 393,1 mil casos de coronavírus. *Saopaulo.sp.gov,* São Paulo, 15 jul. 2020. Disponível em: https://bit.ly/2QWRaEe. Acesso em: 6 set. 2020.

FOLHA informativa COVID-19 — Escritório da OPAS e da OMS no Brasil. Opas, Washington, DC, 15 jul. 2020. Disponível em: https://bit.ly/2FbKKhG. Acesso em: 6 set. 2020.FREITAS, Teixeira de. *Consolidação das Leis Civis*. 3. ed. Rio de Janeiro: Garnier, 1876.

GOMES, Orlando. Direitos da personalidade e responsabilidade civil. *In: Novos temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GUNTHER, Klaus. Crítica da pena I. *In: Teoria da responsabilidade no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2009.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *Law, liberty and morality*. Londres: Oxford University Press, 1963.

HIRATA, Alessandro. Critérios para cálculo de dano moral na doutrina brasileira. *In: Dano Moral*. Brasília, DF: Ministério da Justiça, 2010, v. 37, p. 107-110. (Série Pensando o Direito). Disponível em: https://bit.ly/3jRNwb1. Acesso em: 6 set. 2020.

HONORÉ, Tony. The morality of tort law: questions and answers. *In: Responsibility and fault*. Oxford: Hart, 1999.

JORGE, Fernando Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1995.

LEITE, José Rubens Morato. *Dano Ambiental:* do individual ao coletivo extrapatrimonial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *As palavras e a lei*: direito, ordem e justiça na história do pensamento moderno. São Paulo: Ed. 34, 2004.

MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil:* volume 2: do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MURPHY, Jeffrie G. Retributive hatred: an essay on criminal liability and the emotions. *In:* FREY, R. G.; MORRIS, Christopher W. *Liability and responsibility:* essays in law and morals. Cambridge: Cambridge Studies in Philosophy and Law, 1991.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes de mera conduta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

SILVA, Clóvis do Couto e. Dever de indenizar. *In:* FRADERA, Vera Maria Jacob de (org.). *O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STEPHEN, James Fitzjames. *A history of the criminal law of England*. London: [s. n.], 1883, v. 2.

VON LISZT, Franz. *Tratado de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Briguiet & C., 1899. v. 1.

A prescrição de medicamentos *off label* no tratamento da doença Covid-19: a cloroquina, a hidroxicloroquina e outras substâncias e a responsabilidade de gestores e médicos

Reynaldo Mapelli Júnior[1]
Promotor de Justiça no Estado de São Paulo

Sumário: 1. A Pandemia da Covid-19; 2. O Uso de Substâncias Farmacológicas e o Ministério da Saúde; 3. Legislação Brasileira: Registro Sanitário e Protocolos; 4. Legislação Brasileira: Uso Compassivo de Medicamentos; 5. Conclusões; 6. Referências.

1. A pandemia da Covid-19

Detectada em seres humanos pela primeira vez em dezembro de 2019 em Wuhan, na província de Hubei, na China, com provável origem zoonótica porque os primeiros doentes frequentavam o Mercado de Frutos do Mar desta cidade, onde eram vendidos animais vivos sem qualquer controle sanitário, a Covid-19 – na sigla em inglês, *Coronavirus Disease*, acrescida do ano de 2019 – é uma grave doença respiratória causada pelo coronavírus da síndrome respiratória aguda grave 2 (SARS-CoV-2) que, em pouco tempo, se espalhou pelo mundo, causando a maior crise de nossa história, seja do ponto de vista da proteção da saúde da população, já que o número crescente de infectados e doentes tem pressionado os sistemas de saúde dos países a ponto de colapsar sua estrutura hospitalar, seja do ponto de vista social, já que

---

[1] Doutor em Ciências pela Faculdade de Medicina da USP (Universidade de São Paulo). Professor e Coordenador de Cursos da ESMP (Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo). Vice-Presidente do IDISA (Instituto de Direito Sanitário Aplicado). E-mail: reynaldomapelli@mpsp.mp.br.

o isolamento e a quarentena das pessoas restringem boa parte das atividades econômicas, provocando desemprego e crise social.

Para se ter uma ideia da rapidez com que a Covid-19 se alastrou, surpreendendo autoridades sanitárias e públicas, basta observar que a OMS (Organização Mundial da Saúde), agência internacional especializada em saúde pública criada em 7 de abril de 1948 na ONU (Organização das Nações Unidas), declarou *Emergência em Saúde Pública de Importância Internacional* em 30 de janeiro de 2020 mas, ao constatar a rápida disseminação geográfica do novo coronavírus por diversos países, já em 11 março de 2020 alterou a declaração para *Situação de Pandemia*. No Brasil, se a Lei Federal 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, reconheceu situação de *emergência em saúde pública* para instituir medidas de enfrentamento da Covid-19, como restrições públicas a pessoas físicas e jurídicas e exceções no sistema de licitação para compra de bens e serviços, o Decreto Legislativo 6 que se seguiu, de 20 de março de 2020, admite *calamidade pública* para afastar a obrigatoriedade de resultados fiscais e limitações de empenho como preceitua o art. 65 da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101/2000), uma clara sinalização de comprometimento das atividades básicas do Poder Público, a começar pelo sistema de saúde.

Como a pandemia avança em progressão exponencial, por ondas,[2] em uma população ainda não imunizada por falta de vacina, e o conhecimento científico sobre a doença e as modalidades terapêuticas ainda é incompleto, médicos e gestores sofrem grande pressão e têm que lidar com as situações concretas decidindo por terapias e medicamentos segundo a evolução científica disponível, caso a caso, o que pode gerar questionamentos posteriores.

Em relação aos medicamentos, geralmente utilizados em combinações específicas para cada caso concreto, diretrizes contraditórias do Ministério da Saúde, confusões na literatura científica internacional e a posição ideológica de alguns políticos, a começar pelo Presidente da República, geraram no país um quadro de intenso debate sobre a possibilidade ou não do uso de medicamentos *off label* para o tratamento da

---

[2] O número de infectados e mortos aumenta muito diariamente, como revelam dados de um consórcio de veículos de imprensa (https://glo.bo/3hyyy8w) e do Ministério da Saúde (https://bit.ly/2ZySqSO). Acesso em: 25 jun. 2020.

Covid-19, principalmente da cloroquina e da hidroxicloroquina, assunto polêmico que está sendo levado aos tribunais, incrementando ainda mais o controverso fenômeno da judicialização da saúde no Brasil.[3]

Nesse contexto de medo e desinformação, parcial conhecimento científico e incremento do contágio da doença, em um país que optou por um sistema público de saúde que tem como uma de suas vigas mestras a integralidade da assistência terapêutica, inclusive a farmacêutica, garantida universalmente a todas as pessoas que vivem no Brasil, por imposição da Constituição Federal (arts. 196 e 198, II) e da Lei Orgânica da Saúde (arts. 7º, I e II e 19-M, I, da LOS, a Lei 8080/90), e que coexiste com o sistema privado de saúde (art. 199, *caput*, CF e Lei 9.656/98), é imprescindível compreender quais os parâmetros jurídicos que permitem a prescrição *off label* de substâncias farmacológicas, de modo a garantir o direito à saúde sem abusos e aventuras terapêuticas que podem, certamente, acarretar a responsabilização dos médicos e gestores.

2. O uso de substâncias farmacológicas e o Ministério da Saúde

No mundo todo, estudos preliminares de medicamentos para a Covid-19, geralmente ainda nas fases de teste in vitro ou com animais, vêm sendo desenvolvidos com diversas substâncias, como a azitromicina, o remdesivir e a heparina, alguns corticoides, um coquetel específico para tratamento de HIV (lopinavir e ritonavir, em conjunto com interferon beta-1b e ribavirin) e até mesmo plasma humano.[4] Em um estudo pioneiro, ao que parece o primeiro com evidência científica incontestável, um grupo de pesquisadores britânicos comprovou que a dexametasona reduz os índices de mortalidade dos pacientes

---

[3] MAPELLI JR., Reynaldo. *Judicialização da saúde:* regime jurídico do SUS e intervenção na administração pública. Rio de Janeiro: Atheneu, 2017; YAMIN, Alicia Ely; GLOPPEN, Siri (ed.). *Litigating health rights:* can courts bring more justice to health? Cambridge: Harvard University Press, 2011. (Human Rights Series/Harvard Law School); CHIEFFI, Ana Luiza; BARATA, Rita de Cássia. Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade. *Cadernos de Saúde Pública,* Rio de Janeiro, v. 25, n. 8, p. 1839-1849, 2009.

[4] GRANCHI, Giulia. Conheça os principais remédios e tratamentos em testes contra a Covid-19. *Viva Bem,* São Paulo, 14 maio 2020. Disponível em: https://bit.ly/2GXlGvX. Acesso em: 25 jun. 2020.

hospitalizados que usam ventilação mecânica, o que foi recebido com esperança pela comunidade científica como a primeira droga para a Covid-19.[5]

Em geral, porém, como ocorre com a cloroquina e com a hidroxicloroquina, ainda não há certeza científica sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança desses produtos para o tratamento da Covid-19, requisitos essenciais no sistema jurídico brasileiro para que se possa fazer uso deles mediante prescrição médica e controle sanitário (art. 29-Q, §2º, II, da Lei Orgânica da Saúde e art. 16, II, da Lei 6.480/77, c.c. os dispositivos da Lei 9.782/99). Isso significa, em outros temos, que a prescrição dos medicamentos para tratar os pacientes, estejam eles em hospitais públicos ou privados ou em regime ambulatorial, constitui uso *off label,* fora das indicações da bula e do registro sanitário obtido para outras patologias.

O caso da cloroquina e da hidroxicloroquina é bem emblemático, não somente porque alguns políticos têm defendido sua utilização indiscriminada como a salvação da pandemia, independentemente das evidências científicas, mas porque as orientações terapêuticas, para o uso de drogas originariamente registradas para doenças como o lúpus e a malária, são modificadas a todo tempo, por vezes com diretrizes contraditórias, o que vem causando dúvidas e apreensão, inclusive na classe médica. Uma das maiores revistas científicas da medicina, a britânica *The Lancet,* por exemplo, depois de publicar um artigo que teve grande repercussão sugerindo maior mortalidade para aqueles pacientes que utilizaram esta droga, voltou atrás quando foram questionados os dados da pesquisa transferidos por uma empresa contratada e sua análise estatística, questionamento que somente aumentou depois que outro artigo científico dos mesmos autores, com a mesma metodologia, foi retirado da revista americana *New England of Medicine*,[6] situação constrangedora que gerou alterações nas diretrizes da OMS.

Nesse contexto de incertezas e modificações do conhecimento científico, o Ministério da Saúde, gestor nacional do SUS com

---

[5] ROBERTS, Michelle. Tratamento para coronavírus: cientistas britânicos dizem ter comprovado 1ª droga eficaz para reduzir mortalidade por covid-19. *BBC News Brasil,* Londres, 16 jun. 2020. Disponível em: https://bbc.in/3bW8pPF. Acesso em: 25 jun. 2020.

[6] MENDES, Isabel Cristina Melo. Lancet e NEJM retiram do ar estudos relacionados à Covid-19. *Portal Pubmed,* [S. l.], 5 jun. 2020. Disponível em: https://bit.ly/32scJCU. Acesso em: 10 jun. 2020.

competência constitucional para o controle dos medicamentos, inclusive mediante atividades de vigilância sanitária e epidemiológica (art. 200, I e II, CF), e para a formulação das políticas nacionais (art. 16, LOS), através de debate com a comunidade (Lei 8.142/90) e avaliação de tecnologias da Conitec (Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias do SUS) (arts. 19-Q, *caput*, §2º, I e II, LOS, e Decreto no 7.646/11), deveria ter desempenhado seu papel regulamentador para delimitar as possibilidades do uso *off label* da cloroquina e da hidroxicloroquina em Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas segundo evidências científicas demonstráveis (art. 19-O, LOS), escolhendo medidas mais protetivas da saúde da população em respeito ao princípio da precaução, e não "orientações terapêuticas" genéricas, sem nenhum valor jurídico, como acabou ocorrendo.

Na Nota Informativa nº 5/2020-DAF/SCTIE/MS, de 27 de março de 20, o Ministério da Saúde, fazendo referência à inexistência de terapias farmacológicas e imunobiológicos específicos para Covid-19 e genericamente a algumas publicações científicas favoráveis, aprovou a oferta da cloroquina e seu derivado hidroxicloroquina por meio de compra e distribuição às Secretarias de Estado da Saúde, *para casos graves da doença*. De acordo com o documento, o uso do medicamento para a Covid-19, aprovado no país para o tratamento de doenças de artrite reumatoide, lúpus, condições dermatológicas provocadas ou agravadas pela luz solar e malária, somente seria possível mediante as seguintes condições: a) prescrição médica; b) doença em estágio grave; c) paciente hospitalizado; e d) não comprometimento de outras medidas de suporte ao paciente.

Mudando abruptamente a orientação terapêutica, novamente sem passar pelos processos de formação de política pública e de formalização de Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas, já em 21 de maio de 2020 o Ministério da Saúde publicou nova nota, a Nota Informativa nº 9/2020-SE/GAB/SE/MS, agora preconizando o *uso precoce da cloroquina para casos leves*, mediante prescrição médica, sem apresentar qualquer estudo científico que pudesse embasar o entendimento. Muito ao contrário, depois de reconhecer que "até o momento não existem evidências científicas robustas que possibilitem a indicação de terapia farmacológica específica para a Covid-19", o MS propugna o uso precoce do fármaco sob o frágil argumento de que seu objetivo é garantir acesso ao tratamento medicamentoso no âmbito do SUS e, no Termo

de Ciência e Consentimento do paciente (Anexo A), deixa consignado que os riscos são altos e a responsabilidade é unicamente do paciente, como se isso fosse possível. No documento, constam frases como "compreendi, portanto, que não existe garantia de resultados positivos para a Covid-19 e que o medicamento proposto pode inclusive apresentar efeitos colaterais (são exemplificados: redução dos glóbulos brancos, disfunção do fígado, disfunção cardíaca e arritmias, alterações visuais por danos na retina)" e "estou ciente de que o tratamento com cloroquina ou hidroxicloroquina associada à azitromicina pode causar os efeitos colaterais descritos acima e outros menos graves ou menos frequentes, os quais podem levar à disfunção de órgãos, ao prolongamento da internação, à incapacidade temporária ou permanente e até ao óbito", algo teratológico e inaceitável, como logo denunciou o médico e sanitarista Gonzalo Vecina Neto.[7]

É por isso que Lenir Santos e Élida Graziane Pinto defendem que houve uma violação do devido processo administrativo na elaboração destas "notas informativas",[8] um abuso de poder que certamente será analisado pelos Tribunais.

Instado a se manifestar sobre o assunto, o Conselho Federal de Medicina, autarquia federal com atribuição legal de fiscalização da atividade médica, inclusive na definição do caráter experimental de procedimentos (art. 1º, da Lei 3.268/57, e art. 7º, da Lei 12.842/13), elaborou o Parecer CFM nº 4/2020 (Processo-Consulta CFM nº 8/2020[9]), por meio do qual considerou válido o uso terapêutico da cloroquina e da hidroxicloroquina em pacientes com Covid-19 com sintomas leves ou importantes da doença, e o uso compassivo em pacientes críticos recebendo cuidados intensivos, sempre por decisão do médico compartilhada com o paciente. Mas o fez, como se depreende do documento, para afastar a configuração de infração ética do profissional médico que optar pelas drogas, mesmo afirmando expressamente que "muitos

---

[7] VECINA NETO, Gonzalo. O drama da cloroquina. *O Estado de S. Paulo,* São Paulo, 22 maio 2020. Caderno Metrópole, p. A11.

[8] SANTOS, Lenir; GRAZIANE, Élida. O uso da hidroxicloroquina e cloroquina à luz do ordenamento jurídico. *Le Monde Diplomatique Brasil,* São Paulo, 28 maio 2020.

[9] CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Processo-consulta CFM nº8/2020: Parecer CFM nº 4/2020. Brasília, DF: CFM, 2020. Disponível em: https://bit.ly/3iqBKnG. Acesso em: 10 jun. 2020.

desses medicamentos têm sido promissores em testes de laboratórios de através de observação clínica, mas nenhum ainda foi aprovado em ensaios clínicos com desenho cientificamente adequado, não podendo, portanto, serem recomendados com segurança".

Tais documentos, que pretendem autorizar o uso *off label* sem segurança científica, provocaram reações críticas contundentes da comunidade médica, destacando-se dentre elas o comunicado conjunto da Associação de Medicina Intensiva Brasileira, da Sociedade Brasileira de Infectologia e da Sociedade Brasileira de Pneumologia e Tisiologia, de 18 de maio de 2020, que formou uma força-tarefa de 27 especialistas e metodologistas para uma rápida revisão sistemática da literatura científica, que concluiu que "não há indicação de uso de rotina de hidroxicloroquina, cloroquina, azitromicina, lopinavir/ritonavir, corticosteroides ou tocilizumabe no tratamento da Covid-19", sobrando comprovação de graves efeitos colaterais no seu uso que, em caráter excepcional, somente se justifica no contexto da pesquisa clínica.[10]

Diante da imprestabilidade das "notas informativas" do Ministério da Saúde, que não seguiram o regime de direito público ao qual os atos administrativos se submetem mesmo quando há uma pandemia, como alerta Georghio Alessandro Tomelin,[11] ou seja, a formação de política pública com protocolos de atendimento nos termos da legislação sanitária, de nada ajudando o parecer corporativista do Conselho Federal de Medicina, o uso *off label* de substâncias farmacológicas para tratar pacientes com a Covid-19 deve ser analisado sob outro prima, por razões humanitárias, dentro de parâmetros legais que respeitem a vida e a dignidade das pessoas (arts. 1º, III, 5º, *caput*, e 196, CF).

---

[10] DIRETRIZES para o tratamento farmacológico da Covid-19. São Paulo: Amib, 2020. Disponível em: https://bit.ly/2RmraSL. Acesso em: 26 jun. 2020.

[11] TOMELIN, Georghio Alessandro. Escassez geral nas catástrofes: prerrogativas da administração pública. *In:* WARDE, Walfrido; VALIM, Rafael (coord.). *As consequências da Covid-19 no direito brasileiro*. São Paulo: Contracorrente, 2020, p. 482 e ss.

3. Legislação brasileira: registro sanitário e protocolos

A solução para esse dilema passa, seguramente, pelo Código de Ética Médica (Resolução CFM 1.931/90) que, além de estabelecer princípios fundamentais para a atividade médica que incluem "usar o melhor do progresso científico em benefício do paciente" (Cap. I, V) e aceitar a escolha de seus pacientes "desde que adequadas ao caso e cientificamente reconhecidas" (Cap. I, XXI), traz duas normas extremamente relevantes:

> É direito do médico: 'indicar o procedimento adequado ao paciente, observadas as práticas cientificamente reconhecidas e respeitada a legislação vigente'. (Cap. II, II)
>
> É vedado o médico: 'praticar ou indicar atos médicos desnecessários ou proibidos pela legislação vigente no País'. (Cap. III, art. 14º)

No mundo moderno, especialmente depois do Código de Nuremberg de 1947, publicado assim que foram condenados os médicos nazistas que fizeram experimentos cruéis em vítimas da Segunda Guerra Mundial, e da Declaração de Helsinque de 1964 e a complementar Nota de Clarificação da 55ª Conferência da Associação Médica Mundial (2004), que alertam para abusos terapêuticos e submetem o tratamento experimental e a pesquisa em seres humanos a regras rígidas de controle, não há mais espaço para aventuras terapêuticas: toda prescrição médica deve estar baseada em evidência científica demonstrável, seguir esquemas de tratamento conhecidos como "protocolos clínicos" e contar com a concordância esclarecida do paciente, como determina a legislação sanitária.

Em qualquer situação, há que se respeitar a Medicina Baseada em Evidências (MBE), para utilizarmos a conhecida expressão do britânico Archie Chrocane (1972), e os princípios que regem a Bioética, o esclarecimento e a concordância do doente (*autonomia do paciente*), a garantia de que o tratamento vai fazer bem (*beneficência*) e não causará danos evitáveis (*não maleficência*), e a perspectiva de que seus custos e benefícios sejam distribuídos equitativamente (*justiça*), hoje

preponderantes para decisões judiciais,[12] única forma de se observar os direitos humanos consagrados no Estado Democrático de Direito (art. 1º e 5º, CF).

Em relação aos medicamentos, esse pensamento se transmudou em diretrizes da comunidade científica e de organismos internacionais como a OMS, que defendem pelo menos desde os anos 1970 o uso racional de remédios eficazes e seguros, conforme listas previamente elaboradas nas políticas públicas, e não um consumismo irresponsável. Tais diretrizes foram adotadas pelo Brasil na Política Nacional de Medicamentos (PNM) (Portaria MS 3.916/98), construída como determina a LOS (art. 6º, VI e VII) e reforçada por resolução do Conselho Nacional de Saúde (Resolução CNS 338/2004), que propugna a "promoção do uso racional de medicamentos" e a "garantia de segurança, eficácia e qualidade dos medicamentos" obtida com o registro sanitário.

O uso de medicamentos no Brasil, nesta perspectiva, pressupõe algumas etapas para o acesso seguro, que foram delineadas pela legislação sanitária brasileira construída ao longo dos anos em cumprimento a uma atribuição constitucional típica do SUS (art. 200, I, CF): a) em primeiro lugar, é essencial o registro sanitário, como de resto reconheceu recentemente o STF,[13] pois nenhum produto que impacta a saúde das pessoas, "inclusive os importados, pode ser industrializado, exposto à venda ou ao consumo antes de registrado no Ministério da Saúde", tarefa que compete à Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) (art. 12, da Lei 6.360/76, c.c. os arts. 7º, IX, e 8, §1º, I, da Lei 9.782/99); b) obtido o registro, a inclusão da nova tecnologia farmacológica no SUS, para acesso de todos os brasileiros, se faz pelo Ministério da Saúde mediante avaliação prévia da Conitec (Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS), que emite um PTC (Parecer Técnico-Científico) sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade, a segurança e também o custo-efetividade do medicamento (arts. 19-Q, *caput,* §2º, I e II, LOS, e Decreto 7.646/11); c) em seguida, o Ministério da

---

[12] DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito.* 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

[13] No RE 657718, com a fixação de tese no sentido de que do Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais e sem registro na Anvisa, salvo, neste último caso, se houver mora irrazoável da Anvisa comprovada em ação judicial movida contra a União.

Saúde elabora um PCDT (Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas), esquematizando o tratamento como um todo para a concretização da assistência terapêutica integral no SUS (art. 19-M, I, LOS), ficando o medicamento disponível para a população;[14] d) na saúde suplementar ou privada, embora em princípio não haja obrigação de fornecimento de medicamentos para tratamento ambulatorial, como previsto em lei para o plano-referência de assistência à saúde, salvo algumas hipóteses excepcionais como as de câncer e hemoterapia (art. 10, *caput*, inciso VI, da Lei 9.656/98), questão frequentemente levada aos tribunais, o acesso a medicamentos pode ocorrer, mas continuam valendo os requisitos de evidência científica, consentimento do paciente e cumprimento dos protocolos existentes nos hospitais privados; e) em qualquer hipótese, a prescrição médica de medicamentos deve ser regular, ética, não condicionada a benefícios da indústria fármaco-hospitalar, e seguir os protocolos e o registro sanitário (Lei 6.360/76 e Resolução Cremesp 278/15),[15] além de cumprir determinadas formalidades (*Manual de orientações básicas para a prescrição médica do CFM/2009* e Resolução Cremesp 278/15).[16]

Em princípio, portanto, os procedimentos de registro sanitário e inclusão nos protocolos clínicos públicos ou privados são condicionantes para o uso dos medicamentos, *nos exatos termos do conhecimento científico demonstrável*, que é sempre evolutivo e deve ser acompanhado pelos médicos, como exemplifica bem a comprovação da dexametasona como opção terapêutica para tratar a Covid-19 dentro de certas circunstâncias, como já mencionado.

---

[14] Ressalte-se, apenas, que os medicamentos mais básicos fazem parte da Relação Nacional de Medicamentos (Rename – art. 25 do Decreto 7.508 /11) e que os remédios oncológicos são disponibilizados em hospitais credenciados, mas a lógica é a mesma (BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. *Assistência farmacêutica no SUS*. Brasília, DF: Conass, 2011).

[15] No estado de São Paulo, o SUS também exige que os médicos cumpram os protocolos clínicos, como se depreende da Res. SS 83/15 do Secretário de Estado e da Portaria SMS.G 82/15 do Secretário Municipal de Saúde.

[16] MAPELLI JR., Reynaldo. *Judicialização da saúde:* regime jurídico do SUS e intervenção na administração pública. Rio de Janeiro: Atheneu, 2017, p. 86-90, 165-170; PONTE, Antonio Carlos; MAPELLI JR., Reynaldo. Prescrições médicas para ações judiciais. *Revista de Direito Brasileira*, Florianópolis, v. 22, n. 9, p. 184-199, 2019.

4. Legislação brasileira: uso compassivo de medicamentos

No momento atual de enfrentamento da pandemia, porém, quando não há ainda certeza científica sobre a etiologia da doença e as modalidades terapêuticas possíveis, os médicos e os hospitais não têm outra alternativa durante o tratamento do doente de Covid-19 além de manejar medicamentos segundo o conhecimento científico disponível até então, em protocolos formalizados nos hospitais, frequentemente fazendo uso *off label* deles, fora das indicações da bula, uma prática bem conhecida na atividade médica.

Trata-se, no fundo, de uso medicamentoso por razões humanitárias, por compaixão, na tentativa de salvar vidas, para pacientes com quadro clínico que rapidamente evolui para formas graves da doença que exigem internação em UTIs e podem levar ao óbito.

O uso *off label* de medicamentos, prática aceita pela comunidade científica internacional principalmente quando a nova indicação terapêutica estiver consagrada em outros países, é reconhecido pelo Ministério da Saúde há algum tempo, "por conta e risco do médico que o prescreve",[17] posicionamento reforçado pelo Conselho Federal de Medicina (Parecer CFM 2/2016), ambos ressaltando que o essencial é o embasamento em evidências científicas publicadas.

A legislação sanitária brasileira, por sua vez, possibilita o acesso excepcional a medicamentos sem registro sanitário – ou, o que dá no mesmo, sem registro para o tratamento pretendido – quando não há alternativa terapêutica viável, pelo menos a título de compaixão. Além da possibilidade de pesquisa clínica de novas drogas a que podem se sujeitar doentes que aceitam protocolos com controle ético (Resolução CNS 466/12), pacientes com doenças com risco de morte ou debilidades graves sempre podem fazer uso de produtos farmacêuticos sem registro na Anvisa quando se mostra ausente alternativa terapêutica viável e há razoável comprovação de eficácia terapêutica, em três

[17] A orientação, da Gerência de Medicamentos Novos, Pesquisa e Ensaios Clínicos, consta na página do Ministério da Saúde: AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. Como a Anvisa vê o uso off label de medicamentos. Anvisa, Brasília, DF, 2020. Disponível em: https://bit.ly/2Fr4U7R. Acesso em: 25 jun. 2020.

hipóteses definidas pela RDC (Resolução da Diretoria Colegiada) 38, de 12 de agosto de 2013: o *programa de acesso expandido* – disponibilização de medicamento novo, promissor, ainda sem registro na Anvisa ou não disponível comercialmente no país, que esteja em estudo de fase III em desenvolvimento ou concluído, destinado a um grupo de pacientes portadores de doenças debilitantes graves e/ou que ameacem a vida e sem alternativa terapêutica satisfatória com produtos registrados; o *programa de fornecimento de medicamento pós-estudo* – disponibilização gratuita de medicamento aos sujeitos de pesquisa, aplicável nos casos de encerramento do estudo ou quando finalizada sua participação; e o *programa de uso compassivo* – disponibilização de medicamento novo promissor, para uso pessoal de pacientes e não participantes de programa de acesso expandido ou de pesquisa clínica, ainda sem registro na Anvisa, que esteja em processo de desenvolvimento clínico, destinado a pacientes portadores de doenças debilitantes graves e/ou que ameacem a vida e sem alternativa terapêutica satisfatória com produtos registrados no país.[18]

Evidentemente a instalação de calamidade pública por pandemia autoriza com mais razão ainda o acesso medicamentoso excepcional, aliás como vem sendo admitido expressamente por alguns países, por exemplo os Estados Unidos, conforme explicado por José Roberto Goldim.[19]

Se houver necessidade de importação dos medicamentos, por fim, vale registrar que a Lei 14.006/20, que modificou a legislação sanitária estruturante do enfrentamento da Covid-19 no Brasil (Lei 13.979/20), estabeleceu o prazo máximo de 72 horas para a autorização excepcional e temporária da Anvisa, mas, novamente ressaltando a essencialidade da comprovação científica, condicionou o procedimento ao registro dos produtos por pelo menos um ano em agências internacionais de relevo, a Food and Drug Administration (FDA), a European Medicines Agency (EMA), a Pharmaceuticals and Medical Devices Agency (PMDA) e

[18] MAPELLI JR, Reynaldo. *Judicialização da saúde:* regime jurídico do SUS e intervenção na administração pública. Rio de Janeiro: Atheneu, 2017, p. 84-86.

[19] GOLDIM, José Roberto. O uso de drogas ainda experimentais em assistência: extensão de pesquisa, uso compassivo e acesso expandido. *Revista Panamericana de Salud Pública*, Washington, DC, v. 23, n. 3, p. 198-106, 2008.

a National Medical Products Administration (NMPA) (art, 3º, VIII, a, da Lei 13.979/20).

As normas de acesso aos medicamentos, consagradas para proteger a saúde das pessoas e a saúde pública, inclusive as regras de uso *off label* e compassivo, revelam que mesmo para a Covid-19 o critério diferenciador é a presença de evidências científicas demonstráveis — além, claro, da concordância do paciente —, sob pena de responsabilização do médico, dos hospitais e dos gestores, como consagrada doutrina ensinada por Camila Kitazawa Cortez,[20] seja em razão da regra geral de indenização de danos por erro médico (art. 927, do Código Civil), seja pela incidência do Código de Defesa do Consumidor, mediante responsabilidade objetiva pelo fato do produto fármaco ou do serviço (arts. 12 a 17, CDC) ou pelo vício do produto fármaco e do serviço (arts. 18 a 25, CDC)[21], ou mesmo por prática de crimes como lesões corporais e homicídio (arts. 121 e 129, do Código Penal).

5. Conclusões

Diante do exposto, podem ser extraídas as seguintes conclusões:

1 — O uso de substâncias farmacológicas para pacientes com Covid-19 pressupõe, sempre, a existência de evidência científica e o cumprimento dos princípios da bioética (consentimento do paciente, beneficência, não maleficência e justiça);

2 — Enquanto não houver registro na Anvisa e inclusão nos protocolos clínicos do SUS, mediante avaliação da Conitec, a prescrição de medicamentos é opção do médico;

3 — No caso da cloroquina e da hidroxicloroquina, de nada valem as “notas informativas” de orientações terapêuticas do Ministério da Saúde e o Parecer CFM 4/2020, que reconhecem a ausência de

---

[20] CORTEZ, Camila Kitazawa, A responsabilidade civil, penal e ética do médico no Brasil. *In:* CARVALHO, Patrícia Carneiro de Andrade (org.). *Direito médico:* temas atuais. Curitiba: Juruá, 2019, p. 37 e ss.

[21] Sobre a configuração de relação consumerista nesta hipótese, cf. MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor:* o Novo Regime das Relações Contratuais. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2019. Cf., ainda, as Súmulas do TJSP (90 a 97; 99 a 105 e 157) e do STJ (302, 597, 608 e 609).

evidência científica e são criticadas pela comunidade científica nacional e internacional, inclusive por associações de especialidades médicas;

4 — A opção do médico, enquanto não houver certeza científica, somente se justifica a título de uso compassivo e constituirá uso *off label*, que pressupõe sempre embasamento em literatura científica, ainda que preliminar, a comprovação da gravidade da doença e o consentimento do paciente, com avaliação dos riscos e benefícios do uso do medicamento, na ausência de alternativa terapêutica satisfatória no país;

5 — O não cumprimento da legislação sanitária pode gerar a responsabilização civil e criminal, seja do médico, seja do gestor público e privado, inclusive com fundamento no Código de Defesa do Consumidor.

Referências

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. Como a Anvisa vê o uso off label de medicamentos. *Anvisa*, Brasília, DF, 2020. Disponível em: https://bit.ly/2Fr4U7R. Acesso em: 25 jun. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. *Assistência farmacêutica no SUS*. Brasília, DF: Conass, 2011. (Coleção Para Entender a Gestão do SUS, v. 7). Disponível em: https://bit.ly/3bVO4Ki. Acesso em: 12 set. 2020.

______. Ministério da Saúde. Painel Coronavírus. *Coronavírus Brasil,* Brasília, DF, 2020. Disponível em: https://bit.ly/2ZySqSO. Acesso em: 25 jun. 2020.

BRASIL tem 1.090.349 casos de Covid-19, indica consórcio de veículos da imprensa no boletim das 13h. *O Globo*, Rio de Janeiro, 22 jun. 2020. Disponível em: https://glo.bo/3hyyy8w. Acesso em: 25 jun. 2020.

CHIEFFI, Ana Luiza; BARATA, Rita de Cássia. Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade. *Cadernos de Saúde Pública,* Rio de Janeiro, v. 25, n. 8, p. 1839-1849, 2009.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Processo-consulta CFM nº8/2020: Parecer CFM nº 4/2020. Brasília, DF: CFM, 2020. Disponível em: https://bit.ly/3iqBKnG. Acesso em: 10 jun. 2020.

CORTEZ, Camila Kitazawa. A responsabilidade civil, penal e ética do médico no Brasil. *In:* CARVALHO, Patrícia Carneiro de Andrade (org.). *Direito médico:* temas atuais. Curitiba: Juruá, 2019.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito.* 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

DIRETRIZES para o tratamento farmacológico da Covid-19. São Paulo: Amib, 2020. Disponível em: https://bit.ly/2RmraSL. Acesso em: 26 jun. 2020.

GOLDIM, José Roberto. O uso de drogas ainda experimentais em assistência: extensão de pesquisa, uso compassivo e acesso expandido. *Revista Panamericana de Salud Pública,* Washington, DC, v. 23, n. 3, p. 198-106, 2008.

GRANCHI, Giulia. Conheça os principais remédios e tratamentos em testes contra a Covid-19. *Viva Bem*, São Paulo, 14 maio 2020. Disponível em: https://bit.ly/2GXlGvX. Acesso em: 25 jun. 2020.

MAPELLI JR., Reynaldo. *Judicialização da saúde*: regime jurídico do SUS e intervenção na administração pública. Rio de Janeiro: Atheneu, 2017.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor:* o novo regime das relações contratuais. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2019.

MENDES, Isabel Cristina Melo. Lancet e NEJM retiram do ar estudos relacionados à Covid-19. *Portal Pubmed,* [S. l.], 5 jun. 2020. Disponível em: https://bit.ly/32scJCU. Acesso em: 10 jun. 2020.

PONTE, Antonio Carlos; MAPELLI JR., Reynaldo. Prescrições médicas para ações judiciais. *Revista de Direito Brasileira,* Florianópolis, v. 22, n. 9, p. 184-199, 2019.

ROBERTS, Michelle. Tratamento para coronavírus: cientistas britânicos dizem ter comprovado 1ª droga eficaz para reduzir mortalidade por covid-19. *BBC News Brasil*, Londres, 16 jun. 2020. Disponível em: https://bbc.in/3bW8pPF. Acesso em: 25 jun. 2020.

SANTOS, Lenir; GRAZIANE, Élida. O uso da hidroxicloroquina e cloroquina à luz do ordenamento jurídico. *Le Monde Diplomatique Brasil*, São Paulo, 28 maio 2020.

TOMELIN, Georghio Alessandro. Escassez geral nas catástrofes: prerrogativas da administração pública. *In:* WARDE, Walfrido; VALIM, Rafael (coord.). *As consequências da Covid-19 no direito brasileiro.* São Paulo: Contracorrente, 2020.

VECINA NETO, Gonzalo. O drama da cloroquina. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 22 maio 2020. Caderno Metrópole, p. A11.

YAMIN, Alicia Ely; GLOPPEN, Siri (ed.). *Litigating health rights:* can courts bring more justice to health? Cambridge: Harvard University Press, 2011. (Human Rights Series/Harvard Law School).

Direito do consumidor e a fluência de prazos de prescrição e decadência no período da pandemia Covid-19

Paulo Rogério Bonini[1]
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: 1. Introdução; 2. Prescrição e decadência como institutos extintivos de direitos; 2.1. Natureza protetiva das normas legais que preveem a suspensão, a interrupção e o impedimento de prazos extintivos de direitos; 2.2. Princípio da legalidade aplicável aos fatos impeditivos e suspensivos dos prazos de prescrição e decadência; 3. Direitos atribuídos ao consumidor e seu livre exercício; 4. Restrições materiais ao exercício de direitos decorrentes da pandemia Covid-19; 4.1. Fatores perturbadores do exercício de direitos pelos consumidores e o conceito fundamental de inércia do titular do direito; 4.1.1. Restrições à circulação; 4.1.2. Fechamento compulsório de estabelecimentos; 5. As medidas legais sobre os prazos materiais por força da pandemia Covid-19; 5.1. A opção legislativa da Itália; 5.2. A opção legislativa de Portugal; 6. Brasil: a suspensão legal decorrente da Lei 14.010/2020; 7. Conclusões.

1. Introdução

Desnecessário discorrer sobre a situação extraordinária vivida pelo mundo a partir do final do ano de 2019 e início de 2020 com a propagação daquilo que se denominou pandemia Covid-19. Não é o objeto do presente estudo a análise de todas as consequências sociais,

---

[1] Mestre em Direito Civil Comparado pela PUC/SP. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Unimep/SP. Professor convidado de cursos de pós-graduação lato sensu (EPM).

econômicas e jurídicas decorrentes da existência da pandemia em si, nem das medidas tomadas por cada governo para impedir e resolver as graves consequências da proliferação da Covid-19.

O que pretendemos, aqui, é analisar, de forma circunstanciada, a consequência específica da situação decorrente da pandemia em relação ao exercício de direitos sujeitos a prazo, seja de prescrição, seja de decadência, com especial enfoque no direito do consumidor.

Embora não tenha a União determinado a suspensão das atividades empresariais em geral, limitando-se à listagem de atividades consideradas essenciais e à previsão do isolamento social somente para pessoas com sintomas da infecção pela Covid-19 e quem com elas tenham convivência, mediante prescrição médica, reconheceu-se a competência dos estados e municípios para, observando-se as realidades locais, estabelecer medidas mais severas quanto à atividade econômica e à livre circulação de pessoas, especialmente por conta da Lei 13.979/2020. As Portarias 188/2020 e 454/2020, emitidas pelo Ministério da Saúde, reconhecem não só a existência de uma emergência médica, mas também a existência, no território nacional, de um estado de transmissão comunitária do coronavírus (Covid-19). Embora os arts. 3º e 4º de referida portaria tenham limitado a indicação de isolamento social às pessoas com sintomas característicos da síndrome respiratória decorrente da infecção pela Covid-19, mediante prescrição médica, é certo que a adoção do isolamento social, com restrição de atividades econômicas presenciais e da circulação de pessoas, salvo para atividades essenciais, foi indicada por entidades e autoridades médicas, além de governos locais, como única forma eficaz para evitar a propagação em progressão geométrica do vírus.

Coube aos estados e municípios, através de normas locais,[2] limitar as atividades econômicas não essenciais, determinando o fechamento de estabelecimentos empresariais em geral, a suspensão de atividades escolares e recomendando isolamento social.

Tal realidade, variável de acordo com as normas locais, gerou a situação concreta da impossibilidade de acesso aos estabelecimentos de fornecedores por estarem fechados por força de decretos estaduais

---

[2] Por exemplo, o Decreto Estadual 64.881, de 22 de março de 2020, do Estado de São Paulo.

e municipais, além da existência de risco na circulação de pessoas. Natural daí, por certo, a dificuldade para o exercício de direitos dos consumidores, não só por conta do fechamento dos estabelecimentos não essenciais, mas também pelo temor das próprias pessoas em sair às ruas, donde não se pode concluir que a procura por uma assistência técnica ou pelo próprio fornecedor em seu estabelecimento para a apresentação de um produto defeituoso seja exemplo de atividade essencial a justificar a exposição a risco.

Ou seja, a realidade observada no período é de risco ao consumidor que sai às ruas e de impossibilidade de acesso aos estabelecimentos fechados por determinação dos governos locais, inviabilizando ou dificultando sobremaneira o exercício de direitos. E, neste ponto, não se diga que a continuidade do funcionamento do Poder Judiciário, em regime de plantão extraordinário ou atendimento remoto, é suficiente para normalizar o exercício de direitos dos consumidores, considerando-se aqui o risco pessoal pela busca de advogados ou outros atendimentos pessoais. E, no aspecto fático, não se pode presumir de forma absoluta que todas as pessoas naturais tenham regular e amplo acesso a meios de comunicação e realização de atos jurídicos através da internet.

Dentro desta realidade houve a edição da Lei 14.010/2020, estabelecendo um regime extraordinário para as relações jurídicas de direito privado. Nesta, incluíram-se medidas específicas sobre os prazos para exercício de direitos sujeitos à extinção pela inação em certo tempo, suspendendo ou impedindo a fluência de prazos de prescrição e decadência.

O objetivo é comparar a escolha do legislador brasileiro em relação ao que ocorreu, em circunstâncias semelhantes, na Itália e em Portugal, além de fixar pontos específicos da incidência da norma prevista no art. 3º da Lei 14.010/2020, notadamente em relação aos prazos decadenciais impostos ao consumidor para a reclamação de vícios de produtos e de serviços.

2. Prescrição e decadência como institutos extintivos de direitos

A previsão de prazos de prescrição e de decadência decorre da busca de segurança jurídica, evitando-se o alongamento injustificado

de relações jurídicas obrigacionais. Seja a previsão geral de prazos para o exercício de pretensões, visando a condenação de outro sujeito ao cumprimento de obrigação, seja a previsão específica de prazos de decadenciais para o exercício de direitos potestativos aptos à sujeição pura e simples de outrem à vontade do titular, o que se tem é a fixação de um lapso de tempo para o exercício de direitos distintos dos direitos fundamentais e personalíssimos, em regra não sujeitos a prazos extintivos.

Prevendo-se um lapso de tempo para o exercício de tais direitos, exige-se também da legislação a fixação de marcos iniciais e finais, além de eventuais fatos jurídicos impeditivos, suspensivos ou interruptivos de sua fluência.

Ainda que de forma simplista, é necessária a conceituação limitada dos institutos em questão, não sendo este o objeto final do presente estudo. Fixamos, apenas, suas premissas.

O legislador definiu a prescrição como fato jurídico extintivo de pretensões, sujeito essencialmente às condicionantes: a) existência da pretensão; b) inércia do titular; c) decurso do prazo legal; e d) inexistência de fato ou ato impeditivo, interruptivo ou suspensivo do prazo.[3]

A pretensão pode ser conceituada como a possibilidade de exigir de outrem determinado comportamento positivo ou negativo,[4] decorrente de um ato ilícito em sentido amplo (inadimplemento de uma obrigação ou ato ilícito). Se a exigência é atendida a pedido direto do credor, resolve-se a questão extrajudicialmente. Havendo resistência à pretensão, decorrente de uma violação de direito, surge a lide, autorizando o uso da ação judicial de cunho fundamentalmente condenatório.[5] Estes são os exatos termos do art. 189, CC: *violado o direito, surge a pretensão, que se extingue pela prescrição nos prazos legais*.

---

[3] DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 18. ed., v. 1, p. 337.

[4] TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, v. 1, p. 349.

[5] Ibid., p. 351. Deste princípio da *actio nata*, ou seja, nascida a ação, também nasce o prazo de prescrição, razão pela qual somente prescrevem obrigações exigíveis.

O fundamento da prescrição é o interesse social decorrente da necessidade de estabilizar as relações sociais e garantir a segurança jurídica[6] em relação a direitos subjetivos patrimoniais de caráter privado.[7]

Os prazos prescricionais são fixados exclusivamente pela lei, somente sendo impedido, interrompido ou suspenso por causas legais, não se admitindo convenção material ou processual a este respeito.

Impedir o prazo é dizer que este não corre, não se inicia. Conforme doutrina clássica, são situações em que a causa de impedimento é preexistente ao início da contagem do prazo.[8] Suspendê-lo é evitar que, já iniciado, continue a fluir peremptoriamente; ocorre em situações nas quais já houve violação do direito subjetivo, em que o prazo para o exercício da pretensão começou a correr e, durante seu fluir, há fato ou ato descrito na lei como eficaz para impedir que continue, sendo retomado, cessada a causa de suspensão, pelo prazo ainda restante. Interromper o prazo prescricional significa encerrar o prazo já transcorrido, reiniciando a contagem do prazo de forma integral, sendo, necessariamente, uma causa posterior ao início de fluência do prazo.

Não se deve confundir aqui a regra da interrupção única com a possibilidade de várias suspensões do prazo prescricional. A interrupção somente pode ocorrer uma vez (art. 202, parte final, CC); as causas suspensivas não têm limitação legal de número.

Além das causas previstas no Código Civil e em lei em sentido estrito, admite a doutrina a não fluência do prazo de prescrição em havendo caso fortuito ou força maior a impedir o exercício judicial da pretensão ou do direito,[9] como, por exemplo, a greve do Poder Judiciário que venha a impedir, de forma absoluta, o ajuizamento de ações.

---

[6] PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. 24. ed., p. 684; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de, op. cit., p. 354.

[7] PEREIRA, Caio Mário da Silva, op. cit., p. 687; THEODORO JR., Humberto. Comentários ao novo Código Civil: dos atos jurídicos. Dos atos ilícitos. Da prescrição e da decadência. Da prova, p. 171.

[8] PEREIRA, Caio Mário da Silva, op. cit., p. 687.

[9] PEREIRA, Caio Mário da Silva, op. cit., p. 698; THEODORO JR., Humberto, op. cit., p. 232.

Decadência é a extinção de um direito potestativo pelo seu não exercício dentro do prazo estabelecido em lei ou pela vontade das partes. Direito potestativo é uma faculdade jurídica à disposição de seu titular, sendo seu exercício desvinculado de prestação de outra pessoa e, por isto, *os direitos potestativos são insuscetíveis de violação, já que a eles não corresponde uma prestação.*[10] Não há interesse contraposto ao do titular, que poderá, pelo direito potestativo, interferir na situação jurídica de outrem, obrigando-o a submeter-se a seus efeitos. É o que ocorre, por exemplo, no exercício do direito de recompra na retrovenda, no exercício do direito de anulação de negócio jurídico por erro, no exercício do direito de reclamar o vício redibitório e, ainda, por defeitos de produtos e serviços em relações consumeristas.

O direito potestativo pode ou não estar sujeito a prazo para exercício; havendo prazo para o exercício judicial ou extrajudicial, este será de decadência. Sendo judicial seu exercício, liga-se em geral a ações de natureza constitutiva. Se a prescrição surge com a violação do direito (pretensão – *actio nata*), a decadência surge e seu prazo começa a fluir com o próprio surgimento do direito.

A existência de decadência do direito potestativo pode ter origem legal ou convencional e, no último caso, também seus prazos. Prazos decadenciais de origem legal decorrem de regras de ordem pública, não se admitindo modificação negocial.

Regra geral, os prazos decadenciais não se interrompem ou se suspendem, fluindo de forma contínua. As regras de interrupção do Código Civil são somente para os prazos prescricionais. Não há como interromper o prazo decadencial por ato próprio do titular do direito potestativo ou daquele que deve se sujeitar a seus efeitos, não se aplicando as regras específicas da prescrição do art. 202 do Código Civil.

A exceção legal do art. 208 c.c. 198, I do Código Civil, limita-se ao impedimento e à suspensão do prazo decadencial. Somente a lei pode criar qualquer outra causa de impedimento ou suspensão do prazo decadencial.

---

[10] TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de, op. cit., v. 1, p. 419.

2.1. Natureza protetiva das normas legais que preveem a suspensão, a interrupção e o impedimento de prazos extintivos de direitos

O fundamento para que a lei determine a suspensão ou o impedimento da fluência do prazo é a necessidade de uma tutela especial em favor do titular do direito sujeito à extinção por decurso de prazo. A suspensão do prazo extintivo tutela o titular de direito que ainda não tenha exercido o direito potestativo ou a pretensão.

Todas as normas que preveem o impedimento da fluência do prazo para a extinção de direitos são normas de proteção, justificando-se, por isto, eventual interpretação extensiva, especialmente quando se observam fundamentos de fato que autorizam sua extensão, em respeito a princípios constitucionais e legais aplicáveis ao caso concreto.

Isso também ocorre para as causas legais de suspensão de fluência de prazos extintivos de direitos.

A finalidade de normas que determinam a suspensão ou o impedimento da fluência dos prazos extintivos de direitos é tutelar o titular de tais direitos que, por alguma circunstância fática prevista na lei, tenha dificuldade para seu exercício. Assim, quando o legislador prevê que os prazos não fluirão contra os absolutamente incapazes, entre pessoas casadas na constância do casamento ou, de forma geral, impedidos de exercer direitos no território nacional por questões de Estado, está reconhecendo que os titulares de tais direitos merecem especial tutela frente à parte beneficiada pela extinção do direito por força da prescrição ou da decadência.

E, em sendo normas protetivas dirigidas a um determinado sujeito, há a necessidade de sua interpretação de forma que garanta, concretamente, a realização de sua finalidade. Ou seja, a interpretação de normas atinentes à suspensão ou impedimento à fluência de tais prazos deve ter em mente a finalidade tutelar da norma que reconheceu a existência de determinadas dificuldades, consideradas graves o suficiente a ponto de alterar a regra geral de fluência.

Assim, antes de interpretar tais normas como restritivas ao interesse dos beneficiados pela extinção de direitos por causa do decurso de prazos – devedores de maneira geral ou pessoas sujeitas ao

exercício potestativo de direitos —, deve-se considerar como finalidade da norma a tutela do direito sujeito a prazo que, por circunstâncias previstas na lei, não se pode exercer sem dificuldades que vão além do lugar comum.

2.2. Princípio da legalidade aplicável aos fatos impeditivos e suspensivos dos prazos de prescrição e decadência

A previsão de fatos impeditivos e suspensivos da fluência do prazo de prescrição e decadência sujeita-se ao princípio da legalidade. Somente a lei em sentido estrito poderá reconhecer novos fatos ou atos jurídicos como suficientes para impedir ou bloquear a fluência de prazos prescricionais e decadenciais, embora, como dito, a autorizada interpretação extensiva de normas de proteção possa ampliar a incidência concreta de tais previsões excepcionais.

A convenção das partes não pode estabelecer causas que geram a suspensão ou a não fluência de prazos que, como dito, têm por fim essencial garantir a segurança jurídica das relações sociais.

A necessidade da lei em sentido estrito, considerando a competência da União de legislar sobre a matéria, impede que decretos ou leis locais venham a prever outras causas de suspensão, interrupção ou impedimento de tais prazos. Daí que, até a vigência da Lei 14.010/2020, fluíram normalmente prazos decadenciais e de prescrição em prejuízo a consumidores, salvo na ocorrência de alguma das causas gerais previstas no Código Civil ou em outra lei especial.

3. Direitos atribuídos ao consumidor e seu livre exercício

Trasladando a questão do prazo do exercício de pretensões e direitos potestativos para o direito do consumidor, observamos, essencialmente, a previsão geral do Código de Defesa do Consumidor de prazo prescricional quinquenal para o exercício da pretensão indenizatória por fatos do produto ou do serviço (art. 27, CDC), e a previsão de prazos decadenciais para o exercício do direito de reclamar de vícios do produto ou do serviço, com suas variáveis temporais a partir da natureza do objeto da relação de consumo (art. 26, CDC).

No que diz respeito ao prazo prescricional, não houve, pelo Código de Defesa do Consumidor, estabelecimento de normas gerais de aplicação, senão a exceção legal à aplicação da teoria da *actio nata*, determinando-se a fluência do prazo a partir do conhecimento do dano e da sua autoria e não da lesão ao direito objetivo em si.

Não se vê, assim, regramento específico a respeito do impedimento, da suspensão ou da interrupção da fluência de prazos prescricionais decorrentes de pretensões de natureza consumerista, aplicando-se, de forma ampla, o regramento geral previsto no Código Civil (arts. 197, 198, 199, 200, 202, 203 e 204).

De forma diversa, o Código de Defesa do Consumidor foi mais detalhista ao tratar dos prazos decadenciais relativos ao exercício do direito de reclamar por vícios do produto ou do serviço, prevendo causas específicas de suspensão ou impedimento de sua fluência, conforme se observa nos incisos e parágrafos do art. 26, CDC.

Essencialmente, limitam-se as previsões específicas do Código de Defesa do Consumidor à fixação do termo inicial do prazo decadencial (entrega efetiva do produto ou o encerramento do serviço em caso de vícios aparentes; constatação do vício em caso de ser oculto), às causas que obstam sua fluência (reclamação pelo consumidor diretamente dirigida ao fornecedor ou a instauração de inquérito civil para apurar eventual vício de natureza coletiva).

A previsão específica cumpre a previsão do art. 207 do Código Civil, afastando a aplicação aos prazos decadenciais das causas gerais de impedimento, suspensão e interrupção de prescrição do Código Civil, exigindo a norma previsão legal em sentido diverso. Daí a regra geral de que os prazos decadenciais são peremptórios e fluem sem qualquer obstáculo a partir da possibilidade do exercício do direito potestativo, salvo a incidência das causas do art. 198, I do Código Civil,[11] ou de alguma outra causa expressamente prevista em lei.[12]

[11] Código Civil. Art. 198. Também não corre a prescrição: I — contra os incapazes de que trata o art. 3º.

[12] Código Civil. Art. 207. Salvo disposição legal em contrário, não se aplicam à decadência as normas que impedem, suspendem ou interrompem a prescrição.

Há, portanto, aplicação às relações de consumo da regra geral da omissão voluntária do sujeito de direitos, como elemento necessário para o reconhecimento da prescrição ou decadência, limitando as causas autônomas e suficientes para o impedimento e a suspensão da fluência de prazos às específicas previstas na legislação. Presume a legislação, assim, a ampla liberdade de o consumidor titular de direitos exercê-los a partir de seu surgimento, não se presumindo, para além de tais causas legais, restrições ou dificuldades aptas a alterar a fluência dos prazos.

Este é o ponto em que a situação de emergência mundial de saúde passa a ser considerada como elemento apto a afetar a possibilidade de exercício livre de direitos por parte do consumidor.

4. Restrições materiais ao exercício de direitos decorrentes da pandemia Covid-19

A existência de uma emergência de saúde mundial exigiu, por parte dos governos, a tomada de medidas de restrição à circulação e contato de pessoas, dentre elas o fechamento de estabelecimentos empresariais com atividades não essenciais, como meios de frear a propagação da Covid-19. Mundialmente observou-se, de forma geral, a adoção de restrições à continuidade de atividades empresariais e econômicas não essenciais, com determinação do fechamento do comércio e a restrição, em diversos graus, à circulação de pessoas.

No Brasil, embora haja declaração de estado de emergência médica pelo Governo Federal,[13] não houve determinação geral de restrição às atividades econômicas e empresariais, bem como restrição geral de circulação de pessoas. Coube essencialmente aos estados e os municípios regular, a partir das realidades locais, as restrições entendidas por necessárias para o controle da pandemia. Decorrência de tal descentralização das medidas sanitárias, no âmbito estadual ou municipal, é a existência de um sem número de situações de fato no que diz respeito à atividade de fornecedores, notadamente de serviços não essenciais, e da livre circulação de pessoas, incluindo, naturalmente, os consumidores.

[13] Portaria 188/2020, do Ministério da Saúde.

A multiplicidade de normas locais que restringem a atividade econômica e/ou a circulação de pessoas impede, no âmbito do presente estudo, a análise concreta de cada caso, razão pela qual faremos uma análise genérica a respeito da existência de fatores de limitação ao exercício de direitos pelos consumidores e as soluções legislativas a princípio observadas para minimizar tais dificuldades.

4.1. Fatores perturbadores do exercício de direitos pelos consumidores e o conceito fundamental de inércia do titular do direito

Fatores perturbadores do exercício de direitos são circunstâncias pessoais e gerais que podem dificultar, de qualquer maneira, a realização dos atos materiais necessários para aquela finalidade. Não se trata das causas legais de impedimento, suspensão ou interrupção de prazos, pois ali a legislação já entendeu a existência de fatores perturbadores suficientes para alterar, como dito, a fluência peremptória dos prazos.

Quando se fala, aqui, em fatores perturbadores do exercício de direito, trata-se de circunstâncias extralegais que, por sua gravidade e amplitude, podem inviabilizar o exercício concreto de direitos, seja por meio do ajuizamento de ações, seja por exercício substancial do direito por ato extrajudicial, como a apresentação de reclamação ao fornecedor. E, por dificultar a ponto de se considerar como inviável o exercício seguro do direito pelo titular, afastam o reconhecimento tranquilo do conceito de inércia do titular do direito como elementar para a extinção de direitos por conta da prescrição ou da decadência.

São causas que eventualmente podem configurar força maior a afastar a inércia voluntária necessária para o reconhecimento da extinção de direitos pelo decurso de prazo de exercício, embora não previstas pelo legislador como causas de impedimento ou suspensão.

4.1.1. Restrições à circulação

A primeira grave perturbação ao exercício voluntário de direitos por parte do consumidor, por conta da pandemia, é a restrição à circulação de pessoas.

Embora o funcionamento do Poder Judiciário tenha se mantido, seja em regime de plantão, seja em regime de atendimento na forma virtual, a afastar eventual argumento de força maior decorrente da impossibilidade do exercício do direito de ação, é certo que o risco pessoal a que se submetem as pessoas em caso de circulação, especialmente as pessoas integrantes do grupo de risco, deve ser considerado como um fator perturbador grave para o exercício de direitos.

O acesso a soluções tecnológicas de comunicação, eventualmente permitindo amplo contato entre o consumidor e seu advogado para, por exemplo, o ingresso com ação judicial como meio de exercício de pretensão, ou a busca ao próprio fornecedor, para a apresentação de reclamação decorrente de vício do produto, não pode ser presumido como uma regra geral. A realidade, especialmente da população de baixa renda, é a necessidade de comparecimento pessoal a órgãos e entidades aptas a dar algum suporte de atendimento jurídico, como as Defensorias Públicas, os Procons ou os próprios Juizados Especiais.

A disponibilização de meios de contato pela internet não substitui, em muitos casos, o comparecimento pessoal e a apresentação de documentos, exigindo o deslocamento físico das pessoas a determinados locais para o exercício de direitos, o que traduz, na situação de pandemia, efetivo risco pessoal por força do deslocamento. Sem contar a conduta base prevista pelo próprio Código de Defesa do Consumidor de apresentação de reclamação direta pelo consumidor ao fornecedor, exigindo a fixação do defeito ou a substituição do produto, apta inclusive ao impedimento da fluência do prazo decadencial.

Ou seja, a fluência de prazo para o exercício de direito conflita com a necessidade de isolamento social, ainda que inexista determinação administrativa absoluta, como meio de preservação da própria saúde do consumidor, na condição de titular de direitos.

4.1.2. Fechamento compulsório de estabelecimentos

O segundo fator perturbador para o exercício de direitos, por conta da emergência médica decorrente da pandemia Covid-19, é a determinação de fechamento compulsório de estabelecimentos empresariais que não se dediquem ao atendimento de atividades essenciais.

Embora de forma difusa, dada a autonomia dos estados e municípios para regular a continuidade do funcionamento do comércio em geral, o que se observa é o efeito limitador ao exercício de direitos pelo consumidor em caso de defeitos de produtos. Imaginemos a situação do consumidor que, observando a existência de um defeito no produto recém-adquirido antes da pandemia, simplesmente não possa buscar a solução por meio da assistência técnica, por força do fechamento do estabelecimento, e tenha, contra si, a contagem do prazo decadencial para reclamar do mesmo.

Ou seja, o fechamento de estabelecimentos é fator dificultador ao exercício de direitos pelo consumidor por não permitir que busque a solução do vício ou mesmo tenha informações e respostas em caso de apresentação de reclamação antes da pandemia.

5. As medidas legais sobre os prazos materiais por força da pandemia Covid-19

A partir das naturais dificuldades para o exercício de direitos pessoais no período de emergência médica decorrente da pandemia Covid-19, optou o legislador brasileiro por adotar medidas extraordinárias que alteraram o regramento geral do direito privado, notadamente o direito obrigacional. Dentre diversas outras medidas, previu-se regra especial e específica de suspensão geral dos prazos de prescrição e de decadência.

Observando as razões determinantes da Lei 14.010/2020, entendemos a restrição dos efeitos da suspensão legal aos prazos decadenciais e prescricionais provenientes de relações de natureza pessoal de origem contratual ou extracontratual, como no caso do dever de indenizar decorrente do ato ilícito (art. 196, CC), incluindo as relações de consumo. Excluem-se, por não abrangerem relações de direito privado, os prazos prescricionais e decadenciais de direito público de forma geral.[14]

---

[14] Cita-se, como exemplo, o prazo decadencial para o lançamento de tributo (art. 173, CTN), o prazo prescricional de obrigações da Fazenda Pública (art. 1º do Decreto 20.910/1932), o prazo prescricional aplicável ao poder administrativo sancionador (Lei 9.873/1999) e o prazo decadencial para a administração pública anular seus atos administrativos (art. 54, *caput* da Lei 9.784/1999). Poder-se-ia ainda questionar a aplicabilidade da suspensão do prazo prescricional das pretensões decorrentes de relações trabalhistas, dada sua previsão constitucional (art. 7º, XXIX, CF).

A opção do legislador brasileiro contrasta com aquelas adotadas por outros países que também sofrem as graves consequências sociais decorrentes da pandemia Covid-19, essencialmente pela inexistência de condicionantes e por sua eficácia em relação a todo o direito privado. Observa-se na Itália e em Portugal a emissão de leis específicas que, de uma forma direta, atuam sobre os prazos decadenciais e prescricionais em benefício do titular que, por conta das circunstâncias de fato, não poderia sem perturbações exercer livremente seus direitos de ordem patrimonial.

5.1. A opção legislativa da Itália

O Código de Consumo italiano[15] (Decreto Legislativo 206, de 6 de setembro de 2005) prevê o exercício da garantia legal pelo consumidor (art. 130), exigindo, à sua escolha, a reparação ou a substituição do bem, sem qualquer despesa, a redução proporcional do preço ou a resolução do negócio. Tal direito potestativo, assim como no Código de Defesa do Consumidor, é sujeito a prazo decadencial de dois anos, contados da entrega do bem (art. 132, § 1º do Código de Consumo Italiano).[16]

---

[15] Itália. Decreto Legislativo nº 206/2005, de 6 de setembro.

[16] Itália. Decreto Legislativo nº 206/2005. "*Art. 132. Termini*. 1. Il venditore é responsabile, a norma dell'articolo 130, quando il difetto di conformità si manifesta entro il termine di due anni dalla consegna del bene. 2. Il consumatore decade dai diritti previsti dall'articolo 130, comma 2, se non denuncia al venditore il difetto di conformitá entro il termine di due mesi dalla data in cui ha scoperto il difetto. La denuncia non è necessaria se il venditore ha riconosciuto l'esistenza del difetto o lo ha occultato. 3. Salvo prova contraria, si presume che i difetto di conformità che si manifestano entro sei mesi dalla consegna del bene esistessero già a tale data, a meno che tale ipotesi sia incompatibile con la natura del bene o con la latura del difetto di conformità. 4. L'azione diretta a far valere i difetti non dolosamente occultati dal venditore si prescrive, in ogni caso, nel termine di ventisei mesi dalla consegna del contratto, può tuttavia far valere sempre i diritti di cui all'articolo 130, comma 2, purchè il difetto di conformità sia stato denuncato entro due mesi dalla scoperta e prima della scadenza del termine di cui al periodo precedente."
(*Art. 132. Prazos*. 1. O vendedor é responsável, por força do artigo 130, quando o defeito de conformidade se manifesta dentro do prazo de dois anos da entrega do bem. 2. O consumidor decai dos direitos previstos no artigo 130, parágrafo 2º, se não denuncia ao vendedor o defeito de conformidade dentro do prazo de dois meses da data em que foi descoberto o defeito. A denúncia não é necessária se o vendedor reconheceu a existência do defeito ou o tenha ocultado. 3. Salvo prova em contrário, presume-se que o defeito de conformidade que se manifesta dentro do prazo de seis meses da entrega do bem existia já em tal data, a menos que tal hipótese seja incompatível com a natureza do bem ou com a natureza do defeito de conformidade. 4. A ação direta fundada no

Também de maneira similar à norma brasileira, prevê prazos decadenciais para a reclamação do defeito e prescricional de pretensão decorrente do descumprimento do dever de atendimento aos interesses do consumidor ou outro ato ilícito danoso.

Ainda prevê, quanto a danos decorrentes de produtos defeituosos postos em circulação, prazo de prescrição (art. 125) de três anos para o direito ao ressarcimento, contado da ciência do dano, do defeito e da identidade do responsável, e de decadência (art. 126), que extingue o direito de ressarcimento, após dez anos da data da colocação do produto em circulação, somente se impedida a decadência pelo ajuizamento de ação judicial.

Em relação à fluência de tais prazos na emergência médica mundial, adotou a Itália forma restritiva de tutela dos interesses de titulares de direitos sujeita a prazo, condicionando sua suspensão a duas variáveis. A primeira, ligada à natureza do direito sob risco de extinção, exigindo-se que não seja exercitável substancialmente, ou seja, precise necessariamente de ação judicial para seu exercício; a segunda, ligada à circunstância concreta da continuidade do acesso ao Judiciário no local em que haveria de se exercer a ação, qual seja, a inexistência de decisão administrativa do chefe do Poder Judiciário local suspendendo o atendimento forense de forma absoluta.

Inicialmente, previu o art. 89, item 8, do Decreto Lei Italiano 9/2020,[17] que durante o período das restrições impostas ao poder judiciário ficariam suspensos os prazos de prescrição e decadência de direitos que somente poderiam se exercer por meio de atividade suspensa por força do decreto.

Num segundo momento, optou o governo italiano por restringir o efeito suspensivo de prazos de direito material somente a casos em que

---

defeito não ocultado dolosamente do vendedor prescreve, em todos os casos, no prazo de vinte e seis meses da entrega do contrato, podendo todavia ser afirmado sempre o direito previsto no artigo 130, parágrafo 2º, contando que o defeito de conformidade seja denunciado dentro de dois meses da descoberta e antes da data limite do prazo referido no período anterior.).

[17] Itália. Decreto Lei 9/2020. "*Art. 83. Nuove misure urgenti per contrastare l'emergenza epidemiologica da COVID-19 e contenerne gli effetti in materia di giustizia civile, penale, tributaria e militare*. […] 8. Per il periodo di efficacia dei provvedimenti di cui ai commi 5 e 6 che precludano la presentazione della domanda giudiziale è sospesa la decorrenza dei termini di prescrizione e decadenza dei diritti che possono essere esercitati esclusivamente mediante il compimento delle attività precluise dai provvedimenti medesimi.

o exercício do direito devia se realizar necessariamente por meio de ação judicial e, *ao mesmo tempo*, houvesse decisão da organização judiciária local pela suspensão absoluta da realização de atos judiciários, mantendo a fluência dos prazos de prescrição quando este pudesse ser interrompido por notificação ou pelo protesto. O art. 83, § 8º do Decreto-Lei Italiano 18/2020 previu a suspensão de prazos de prescrição e decadência de direitos que somente pudessem ser exercidos por meio de ajuizamento de ação judicial ou pela realização de atos processuais suspensos por conta do mesmo diploma legal, exclusivamente em regiões nas quais, por decisão administrativa local, o funcionamento do Poder Judiciário estivesse suspenso ou prejudicado.

Posteriormente, o Decreto-Lei Italiano 18/2020 foi convertido na Lei 24, de abril de 2020, sem modificações substanciais quanto ao tema da suspensão da prescrição e da decadência, mantendo a exigência, no que tange à natureza do direito, de que o exercício do direito sujeito a prazo dependa necessariamente do ajuizamento de ação judicial para evitar a extinção, além da existência de medida administrativa restritiva do atendimento judicial.

A previsão legislativa italiana diferencia direitos exercidos necessariamente por ação judicial e direitos exercíveis extrajudicialmente. Embora a previsão legal limite a suspensão dos prazos de prescrição e decadência a direitos com ação judicial necessária para se considerar exercido o direito, a interpretação orientativa e emitida pela Corte de Cassação vai no sentido de que não só os prazos de processos já em andamento estariam suspensos (prescrição intercorrente ou prescrição da exceção), mas também prazos relativos a direitos ainda não exercidos em ações judiciais.[18] No dizer de doutrina produzida especificamente a partir da legislação extraordinária e temporária oriunda da emergência médica decorrente da pandemia Covid-19:

---

[18] A orientação adotada pela Corte de Cassação Italiana para a previsão legal da suspensão de prazos processuais ultrapassa os limites do processo já instaurado, entendendo pela suspensão também dos prazos nos quais o processo deveria ser instaurado, ou seja, um prazo de direito material. Segundo o Relatório nº 28, de 1º.04.2020, emitido pela direção da Corte de Cassação, "la nozione di 'termine processuale', secondo un'interpretazione costituzionalmente orientata, essendo espressione di un principio immanente nel nostro ordinamento, non può ritenersi limitata all'ambito del compimento degli atti successivi all'introduzione del processo, dovendo invece estendersi anche ai termini entro i quali lo stesso deve essere instaurato, purché la proposizione della domanda costituisca l'unico rimedio per la tutela del diritto che si assume leso." CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE. *Relatório 28/2020*. Roma: Corte Suprema di Cassazione, 2020. Disponível em: https://bit.ly/3mkxlFa. Acesso em: 17 jun. 2020.

La norma pare ispirata dal lodevole intendimento di mantenere 'integri' (evitandone la prescrizione o la decadenza) i diritti soggettivi (anche di consistenza meramente processuale, ad es. il diritto di impugnazione) la cui tutela giurisdizionale sia 'preclusa' in conseguenza delle misure adottate dal capo dell'ufficio giudiziariao alorché esse impediscano la proposizione della domanda giudiziale (nella quale sia per l'appunto formulata la richiesta di tutela di quei diritti).

Complessa è, peraltro, la determinazione dei diritti (sostanziali) cui la norma si riferisce, i quali, stando al dettato normativo, sono esercitabili 'esclusivamente mediante il compimento delle attività precluse dai provvedimenti' assunti dal capo dell'ufficio. L'avverbio utilizzato ('esclusivamente') lascia arguire che deve trattarsi di diritti relativamente ai quali gli effetti interruttivo della prescrizione e impeditivo della decadenza possono essere associati soltanto alla domanda giudiziale, essendo allo scopo irrelevanti eventuali atti stragiudiziali. Gli esempi in cui ciò si verifica non mancano nel nostro ordinamento, anche in tema di prescrizione (artt. 1495 co. 3, 1442, 1449 c.c.). Si pensi poi ai casi no infrequenti ne quali l'effetto di impedimento della decadenza sostanziali, non potendo essere prodotto da un ato stragiudiziae (viceversa sufficiene in altre fattispecie), presupponga una domanda giudiziale.[19]

[19] PANZAROLA, Andrea; FARINA, Marco. L'emergenza coronavirus ed il processo civile. Osservazioni a prima lettura. *Giustizia Civile.com*, Milano, 18 mar. 2020. Disponível em: https://bit.ly/2FxGSb4. Acesso em: 17 jun. 2020. "A norma pelo visto é inspirada no louvável entendimento de manter 'íntegros' (evitando a prescrição ou a decadência) de direitos subjetivos (mesmo de natureza meramente processual, por exemplo, o direito de impugnação) cuja tutela jurisdicional seja 'preclusa' em consequência das medidas adotadas pelo chefe do ofício judiciário que impedem a propositura de demanda judicial (no qual se inclui precisamente a formulação de solicitação de tutela daqueles direito). É complexa, além disso, a determinação dos direitos (substanciais) aos quais a norma se refere, os quais, de acordo com a norma, são exercíveis 'exclusivamente mediante o cumprimento de atividades impedidas pelas medidas' adotadas pelo chefe do gabinete. O advérbio utilizado ('exclusivamente') leva à conclusão de que deve tratar-se de direitos relativamente aos quais os efeitos interruptivos da prescrição ou impeditivos da decadência possam ser associados somente à ação judicial, sendo para seu escopo irrelevante eventual ato extrajudicial. Os exemplos nos quais isto se verifica não são poucos em nosso ordenamento, também no tema da prescrição (art. 1495,

Assim, pela previsão legal italiana, a possibilidade de exercício do direito sujeito à extinção pela decadência ou pela prescrição por outro modo que não o ajuizamento de ação judicial torna irrelevante o atendimento do segundo requisito, pois não haverá suspensão ou sustação do prazo de decadência por conta da desnecessidade da ação judicial para seu exercício.

5.2. A opção legislativa de Portugal

O legislador de Portugal adotou opção diversa da escolha italiana, afastando-se da previsão de suspensão ou impedimento dos prazos em geral para o exercício de direitos sujeitos a ação judicial, prevendo regra específica para o exercício do direito de reclamação do consumidor por defeitos de produtos.

O Decreto-Lei 10-A/2020, de 13 março de 2020, de Portugal, optou pela prorrogação do vencimento do prazo para o exercício de direitos específicos de consumidores face a defeitos de produtos e serviços, cujo prazo de extinção ocorreria entre 18 e 31 de março de 2020.[20] Ou seja, não suspendeu ou impediu o prazo de decadência para a reclamação de tais defeitos, mas apenas prorrogou seu vencimento.

Tais direitos específicos são de substituição ou reparação do bem em desconformidade com o contrato, a redução proporcional do preço ou a resolução do contrato, sujeitos a prazos específicos (art. 4º do Decreto-Lei 67/2003, de 25 de maio),[21] estendendo-se a garantia legal

parágrafo 3º, 1442, 1449 do Código Civil italiano). Pensa-se ainda no caso não incomum nos quais o efeito do impedimento da decadência substancial, não podendo ser produzido por um ato extrajudicial (suficiente em outras espécies), pressuponha uma demanda judicial." No mesmo sentido: SCARPA, Antonio. Covid-19 e sospensione dei termini sostanziali. *Giustizia Insieme*, [S. l.], 27 abr. 2020. Disponível em: https://bit.ly/3bU07ru. Acesso em: 17 jun. 2020.

[20] Portugal. Decreto-Lei 10-A/2020, de 13 de março. *Art. 18º* – A. *Prorrogação dos prazos para exercício de direitos do consumidor.* Os prazos para o exercício de direitos previstos no artigo 5º-A do Decreto-Lei nº 67/2003, de 8 de abril, na sua redação atual, cujo término se tenha verificado entre os dias 18 de março de 2020 e 31 de maio de 2020, são prorrogados até 30 de junho de 2020.

[21] Portugal. Decreto-Lei 67/2003, de 25 de maio, que transpõe para a ordem jurídica nacional a Directiva nº 1999/44/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, sobre certos aspectos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas.
"Art. 5º – A (Prazo para o exercício de direitos)

por dois anos (móveis) ou cinco anos (imóveis), contados da entrega, suspendendo-se a partir da reclamação direta do consumidor ao fornecedor e mantida a suspensão enquanto o consumidor estiver privado do bem.

Percebe-se que a escolha portuguesa não tem a mesma abrangência que a decisão italiana, visto que limitada a um direito específico do consumidor, ou seja, o direito à solução de defeitos dos produtos e de serviços ou à resolução do negócio por conta de defeitos, sem qualquer condicionante relativo ao meio utilizado para o exercício do direito, se judicial ou extrajudicial, mas restrito a um determinado grupo de titulares, no caso, consumidores.

Embora restritiva quanto ao grupo tutelado, a norma garante maior escopo de eficácia ao não condicionar a suspensão a qualquer ato realizado pelo titular ou a atos administrativos ligados ao acesso ao Judiciário, permitindo ao consumidor, sem qualquer outro fato que não a emergência médica, o exercício do direito após a retomada dos prazos.

O outro aspecto objetivo a se observar é a opção pela prorrogação do vencimento dos prazos em questão, e não por sua suspensão ou interrupção. O resultado material de tal circunstância é a fluência normal da contagem do prazo, com seu vencimento no calendário sem qualquer alteração, apenas prorrogando o dies ad quem para o prazo final fixado na norma extraordinária, no caso o dia 31 de março de 2020 (art. 18-A, do Decreto-Lei 10-A/2020).

---

1 – Os direitos atribuídos ao consumidor nos termos do artigo 4º caducam no termo de qualquer dos prazos referidos no artigo anterior e na ausência de denúncia da desconformidade pelo consumidor, sem prejuízo do disposto nos números seguintes.
2 – Para exercer os seus direitos, o consumidor deve anunciar ao vendedor a falta de conformidade num prazo de dois meses, caso se trate de bem móvel, ou de um ano, se se tratar de bem imóvel, a contar da data em que a tenha detectado.
3 – Caso o consumidor tenha efectuado a denúncia da desconformidade, tratando-se de bem móvel, os direitos atribuídos ao consumidor nos termos do artigo 4º caducam decorridos dois anos a contar da data da denúncia e, tratando-se de bem imóvel, no prazo de três anos a contar desta mesma data.
4 – O prazo referido no número anterior suspende-se durante o período em que o consumidor estiver privado do uso dos bens com o objetivo de realização das operações de reparação ou substituição, bem como durante o período em que durar a tentativa de resolução extrajudicial do conflito de consumo que opõe o consumidor ao vendedor ou ao produtor, com excepção da arbitragem.
5 – A tentativa de resolução extrajudicial do litígio inicia-se com a ocorrência de um dos seguintes factos:
a) As partes acordarem no sentido de submeter o conflito a mediação ou conciliação;
b) A mediação ou a conciliação seja determinada no âmbito de processo judicial;
c) Se constitua a obrigação de recorrer à mediação ou conciliação."

Assim, todos os prazos de decadência para o exercício do direito de substituição ou correção de defeitos de produtos e serviços em Portugal, bem como para o pedido redibitório, que venceria entre 18 e 31 de março de 2020, tiveram seu prazo final prorrogado para 1º de abril de 2020, considerando este o último dia do prazo para o exercício do direito sujeito a prazo, não importando sua fluência integral no dia 18 ou no dia 31 de março. Todos vencem no mesmo dia, em vista da mera prorrogação do vencimento do prazo e não da aplicação dos institutos da suspensão ou interrupção dos prazos.

6. Brasil: a suspensão legal decorrente da Lei 14.010/2020

Enfrentando a mesma situação fática dos países enfocados neste estudo, assim como a quase totalidade dos países do mundo, também o legislador brasileiro viu-se forçado a prever regras protetivas às pessoas em geral, especialmente as vulneráveis, como os consumidores, que não pudessem, sem risco pessoal, exercer direitos dentro de prazos extintivos previstos na lei.

A circunstância material consistente na impossibilidade de livre circulação de pessoas, seja por uma ordem da Administração Pública na forma de decretos estaduais ou municipais, ante a ausência de uma lei geral emitida pela União, seja pelo próprio risco pessoal a que estariam submetidas as pessoas que tivessem de buscar, pessoalmente, o exercício de direitos no período de pandemia, além da brutal redução da atividade econômica, justificaram a emissão pelo Poder Legislativo de uma lei geral relativa aos efeitos da pandemia no âmbito do direito privado.

Visando a criação de um "Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado" no período da pandemia, a Lei 14.010/2020 tem objeto múltiplo, essencialmente prevendo a suspensão da eficácia de determinados dispositivos legais do direito privado ou, ainda, prevendo normas transitórias de aplicação combinada com as disposições já existentes. Abrange os negócios jurídicos de direito privado, normas reguladoras do funcionamento de pessoas jurídicas, usucapião, direito do consumidor, condomínio, direito de família e sucessões e concorrencial. Percebe-se, pela diversidade absoluta de alcance, que se trata de norma excepcionalíssima, pois aglutina institutos jurídicos que, por seu objeto, somente deveriam ser tratados

em normas gerais como os Códigos, conforme prevê o art. 7º, I da Lei Complementar 95/1998.

Embora a questão da suspensão ou impedimento do prazo prescricional ou decadencial tenha sido prevista no Capítulo II e os efeitos sobre as relações de consumo no Capítulo V da Lei 14.010/2020, é certa a aplicação das normas gerais sobre prescrição e decadência nas relações de consumo, ressalvadas as regras particulares previstas no Código de Defesa do Consumidor que não sejam incompatíveis com tais normas extraordinárias.

Embora o legislador tenha limitado as previsões do Capítulo V apenas à suspensão da eficácia do art. 49 do Código de Defesa do Consumidor (direito de desistência), relativamente aos casos de entrega domiciliar de produtos perecíveis ou de consumo imediato e medicamentos, até o dia 30 de outubro de 2020, é certa a aplicação às relações de consumo da regra do art. 3º, *caput* e § 2º da Lei nº 14.010/2020, impedindo ou suspendendo o prazo de prescrição ou decadência envolvendo relações de consumo.

Diversamente do que foi adotado por Itália e Portugal, o legislador brasileiro optou por dar eficácia mais ampla para as regras de exceção resultantes do estado de emergência médica decorrente da pandemia Covid-19, não prevendo limitações objetivas ou subjetivas para sua incidência, desde que dissesse respeito a uma relação jurídica de direito privado.

Presumiu a Lei 14.010/2020 que a situação resultante da emergência médica traduz risco ou dificuldade concreta para o exercício de pretensões por meio do ajuizamento de ações judiciais ou do exercício de direitos potestativos sujeitos a prazo de decadência, seja por meio de ação judicial, seja por seu exercício substancial independentemente de ação judicial.

Daí a suspensão ou impedimento dos prazos em questão não exigir prova concreta da dificuldade de exercício, absoluta[22] ou relativa,[23] interna[24] ou externa,[25] bastando que diga respeito a um prazo decorrente de obrigação de direito privado.

---

[22] Que atingiriam qualquer titular de direitos sujeitos à extinção temporal pela prescrição ou decadência.

[23] Que atingiriam somente um determinado titular de direitos sujeitos à extinção temporal pela prescrição ou decadência.

[24] Que decorra de dificuldades de exercício pelo próprio titular, por exemplo, em caso de contaminação e imposição de recolhimento por ordem médica.

[25] Que decorra de circunstâncias externas, impostas, por exemplo, pelo Poder Público, como a determinação de fechamento de estabelecimentos ou a proibição geral da livre circulação de pessoas.

No que tange às relações de consumo, a eficácia da lei torna desnecessária a reclamação feita diretamente ao fornecedor para sustar o prazo decadencial iniciado com a verificação do defeito (art. 26, § 2º, CDC), caracterizada a casual legal obstativa do prazo decadencial, cumprindo-se a exigência legal do art. 207 do Código Civil. Assim, o surgimento ou a verificação do defeito do produto ou serviço, em data posterior à vigência da Lei 14.010/2020, não sujeitará o consumidor à apresentação de reclamação ou ajuizamento de ação judicial no prazo decadencial do art. 26 do CDC, até o dia 30 de outubro de 2020, quando, pela cessação da eficácia da citada lei, haverá o início ou a retomada do prazo decadencial.

Diversamente do que presumiu o legislador português (prorrogação do vencimento do prazo, considerando caduco ou prescrito no direito no dia seguinte do fim da prorrogação), prevendo a Lei 14.010/2020 simples suspensão dos prazos, ter-se-á a fluência do prazo pelo tempo restante entre a data da vigência da referida lei (11 de junho de 2020) e a data de sua fluência inicial, com o fornecimento do produto ou serviço defeituoso ou a evidenciação do defeito, quando oculto.

Ainda, é de se observar que, em havendo situação concreta a indicar a incidência das regras gerais de impedimento, suspensão ou interrupção da prescrição ou da decadência de natureza genérica (arts. 197 a 204 e 207 a 208 do Código Civil), a não fluência do prazo decorrerá, preferencialmente, destas normas gerais e não da legislação extraordinária, conforme previsão do § 1º do art. 3º da Lei 14.010/2020.

Questão a se discutir é se a sustação ou suspensão do prazo decadencial pela Lei 14.010/2020 atingirá, após o início ou a retomada do prazo pela cessação de sua eficácia em data certa, o direito de o consumidor apresentar reclamação direta ao fornecedor, nos termos do art. 26, § 2º, I do Código de Defesa do Consumidor, gerando nova suspensão do prazo decadencial.

A princípio, considerando que as normas atinentes à suspensão ou interrupção de prazos extintivos de direitos têm natureza de normas de proteção ao titular do direito sujeito a prazo, não se poderia interpretar a conjugação de duas normas de tal natureza, a do art. 26, § 2º, I do Código de Defesa do Consumidor, e a do art. 3º da Lei 14.010/2020, de forma a reduzir a tutela específica prevista para os consumidores em tais circunstâncias. Assim, retomado o prazo decadencial pela cessação da eficácia formal da Lei 14.010/2020, nada impediria que o

consumidor, apresentando reclamação direta ao fornecedor nos termos do art. 26, § 2º, I do Código de Defesa do Consumidor, obstasse novamente o curso do prazo decadencial, o qual só seria retomado após a resposta expressa do fornecedor prevista no mesmo dispositivo.

Da mesma forma, poder-se-ia questionar a solução a ser adotada para casos nos quais houve decadência do direito do consumidor de reclamar por vícios do produto ou do serviço no período posterior à determinação de fechamento de estabelecimentos por decretos locais e à vigência da Lei 14.010/2020. Observe-se que entre a decretação de Emergência de Saúde Pública Nacional pela Portaria 188/2020 do Ministério da Saúde, datada de 3 de fevereiro de 2020, e a vigência da Lei 14.010/2020, iniciada em 10 de junho de 2020, passaram-se mais de quatro meses, período em que todas as dificuldades para o exercício de direitos por consumidores seriam observadas de fato, sem que houvesse lei em sentido estrito suspendendo ou impedindo a fluência do prazo decadencial ou prescricional.

Nestes casos, ante a ausência de norma expressa referente à matéria, poder-se-ia, com base na ideia de ausência de inação voluntária por parte do consumidor, mas decorrente de risco pessoal e de impossibilidade de acesso ao estabelecimento do fornecedor, considerar-se suspenso o prazo decadencial para a reclamação de defeitos do produto ou do serviço. Haveria, assim, o reconhecimento de fato impeditivo ao exercício do direito, afastando-se o elemento inércia necessário para o reconhecimento da fluência de prazos prescricionais ou decadenciais, embora, no período anterior à Lei 14.010/2020, mediante prova concreta de tais circunstâncias.

7. Conclusões

A segurança jurídica exige a fixação de limites temporais para o exercício de direitos e pretensões de natureza obrigacional, através dos institutos da prescrição e da decadência. De outra parte, a previsão de causas de impedimento, suspensão ou interrupção de prazos de prescrição e de decadência constitui norma de proteção especial deferida ao titular de direitos sujeitos à extinção por decurso de prazo.

A fluência de prazos extintivos de direitos somente ocorre em havendo inação voluntária do titular do direito extinguível por decurso

de prazo, admitindo-se sua não fluência por conta de circunstâncias legais, nas quais se presume a ocorrência de prejuízo à atuação dos titulares de direitos, ou de circunstâncias excepcionais nas quais se reconheça, de fato, a existência de fatores externos e internos impeditivos ao exercício de forma segura de direitos.

A existência de um estado de emergência médica mundial, com indicação de restrições à livre circulação de pessoas e ao funcionamento de estabelecimentos empresariais constitui fato extraordinário, capaz de perturbar o regular exercício de direitos por parte de consumidores.

O risco pessoal imposto ao consumidor na busca do fornecedor para reclamar de defeitos de produtos e serviços, ou mesmo para o ajuizamento de ações, é fator perturbador de natureza interna do livre exercício de direitos, a impedir o transcurso natural dos prazos extintivos de direitos.

O fechamento de estabelecimentos por ordem da administração pública local é fator perturbador de natureza externa para o exercício de direitos materiais pelos consumidores, a impedir o transcurso natural dos prazos extintivos de direitos.

A previsão da Lei 14.010/2020, de impedimento e suspensão de prazos de prescrição e de decadência, aplica-se às relações de consumo, retomando o prazo restante descontado e transcorrido até a vigência de referida lei, a partir de 31 de outubro de 2020.

Nada impede que, após a retomada do curso do prazo decadencial para a reclamação de vícios de produtos ou serviços, haja nova suspensão do prazo, por conta da reclamação formal apresentada pelo consumidor, nos termos do art. 26, § 2º, I do Código de Defesa do Consumidor.

O período entre a declaração de Emergência de Saúde Pública Nacional pela Portaria 188/2020 do Ministério da Saúde, datada de 3 de fevereiro de 2020, e a vigência da Lei 14.010/2020, iniciada em 10 de junho de 2020, pode ser desconsiderado para fins de contagem de prazos de prescrição e decadência em desfavor do consumidor, desde que comprovada a existência de risco à saúde do consumidor para o exercício do direito sujeito a prazo e o fechamento do estabelecimento do fornecedor, por força de norma local, ou a dificuldade de acesso ao Judiciário, reconhecendo-se a existência de força maior a afastar a inação necessária para a fluência de tais prazos.

Referências

BARBOZA, Heloísa Helena; TEPEDINO, Gustavo; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v. 1.

CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE. *Relatório 28/2020*. Roma: Corte Suprema di Cassazione, 2020. Disponível em: https://bit.ly/3mkxlFa. Acesso em: 17 jun. 2020.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 18. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 18. ed. atual. e notas de Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado:* parte geral (arts. 1º a 232). São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

PANZAROLA, Andrea; FARINA, Marco. L'emergenza coronavirus ed il processo civile. Osservazioni a prima lettura. *Giustizia Civile.com*, Milano, 18 mar. 2020. Disponível em: https://bit.ly/2FxGSb4. Acesso em: 17 jun. 2020.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 20. ed. rev. e atual. de acordo com o Código Civil de 2002, por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1.

SCARPA, Antonio. Covid-19 e sospensione dei termini sostanziali. *Giustizia Insieme*, [S. l.], 27 abr. 2020. Disponível em: https://bit.ly/3bU07ru. Acesso em: 17 jun. 2020.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v. 1.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil:* dos atos jurídicos lícitos. Dos atos ilícitos. Da prescrição e da decadência. Da prova. *In:* TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. t. II, v. 3.

III
Das práticas comerciais: novas demandas em um cenário de restrições

Da oferta e da publicidade ilícitas no contexto da pandemia da Covid-19

Rizzatto Nunes[1]
Desembargador aposentado

Um dos grandes problemas do consumidor na sociedade capitalista é sua dificuldade em se expressar e se defender publicamente contra tudo o que lhe fazem de mal. Se ele é enganado, sofre um dano etc., tem de recorrer aos órgãos de proteção ao consumidor ou contratar um advogado. É verdade que, com as redes sociais e o surgimento de sites de reclamação, aos poucos ele vai encontrando um caminho para demonstrar sua insatisfação com os produtos e serviços adquiridos e, também, contra toda forma de malandragem perpetrada por muitos fornecedores. Mas, ainda é pouco diante do poder de fogo de empresários que se utilizam de todas as maneiras de comunicação existentes no mercado, como a publicidade massiva nas tevês, rádios, jornais e revistas, que fazem promoções milionárias constantemente, que se servem de mídias integradas, utilizam-se de artistas e esportistas famosos para divulgar seus produtos (em confessionais ou por meio de *merchandising* e participação em anúncios). Enfim, é mesmo uma luta desproporcional.

Nesse universo capitalista de informações existem condutas de acordo com a lei, outras ilegais, muitas éticas, mas nem todas. Naturalmente, todos devem ser éticos.

Ética significa tomar a atitude correta, isto é, escolher a melhor ação a tomar ou conduta a seguir. Uma pessoa ética tem bom caráter, busca sempre fazer o bem a outrem. No sistema jurídico — necessariamente ético —, pode-se identificar uma série de fundamentos ligados

---

[1] Mestre e Doutor em Filosofia do Direito pela PUC/SP; Livre-docente em Direito do Consumidor pela PUC/SP; Acadêmico da Academia Paulista de Magistrados e da Academia Paulista de Direito. Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

à ética, tais como o da realização da justiça e a boa-fé objetiva (uma regra de conduta a ser observada pelas partes envolvidas numa relação jurídica. Essa regra de conduta é composta basicamente pelo dever fundamental de agir em conformidade com os parâmetros de lealdade e honestidade. Um *standard,* um modelo a ser seguido).

Infelizmente, em tempos de pandemia, percebe-se que novos abusos surgiram e os usuais aumentaram. Ademais, surgiram centenas de novas empresas de *e-commerce* e o número de transações via internet quase dobrou. São números extraordinários.[2]

Os consumidores, que sempre foram bastante dirigidos e levados a consumir produtos e serviços por intermédio das ofertas feitas via publicidade, tornaram-se prisioneiros desse modelo, pois estão isolados. Além disso, a web/internet e as redes sociais passaram a funcionar como um canal extraordinário de ofertas.

Na sequência, mostro, então, alguns pontos em que as comunicações devem ser conduzidas pela ética e falarei um pouco sobre a oferta e a publicidade.

Muito bem. A liberdade de expressão é uma das mais importantes garantias constitucionais. Ela é um dos pilares da democracia. Falar, escrever, expressar-se é um direito assegurado a todos.

Mas, esse direito, entre nós, não só não é absoluto, como sua garantia está mais atrelada ao direito de opinião ou àquilo que para os gregos na antiguidade era crença ou opinião (*“doxa”*). Essa forma de expressão aparece em oposição ao conhecimento, que corresponde ao verdadeiro e comprovado. A opinião ou crença é mero elemento subjetivo. A democracia dá guarida ao direito de opinar, palpitar, lançar a público o pensamento que se tem em toda sua subjetividade. Garante também a liberdade de criação.

Mas, quando se trata de apontar fatos objetivos, descrever acontecimentos, prestar informações de serviços públicos ou oferecer produtos e serviços no mercado, há um limite ético que controla a liberdade de expressão. Esse limite é a verdade.

---

[2] COM PANDEMIA, e-commerce cresce 81% em abril e fatura R$ 9,4 bilhões. *E-commerce Brasil,* [S. l.], 8 maio 2020. Disponível em: https://bit.ly/3me9uXT. Acesso em: 13 set. 2020.

Com efeito, por falar em Grécia Antiga, repito o que diziam: "mentir é pensar uma coisa e dizer outra". A mentira é, pois, simples assim.

Examinando essa afirmação, vê-se que mentir é algo consciente; é, pois, diferente do erro, do engano, que pressupõe desconhecimento (da verdade), confusão subjetiva do que se expressa ou distorção inocente dos fatos.

Em nosso sistema jurídico temos leis que controlam, em alguns setores, a liberdade de expressão na sua realidade objetiva. Veja-se, por exemplo, a imposição para que a testemunha ao depor em Juízo fale a verdade. Do mesmo modo, os advogados e as partes têm o dever de lealdade processual, proibindo-se que intencionalmente a verdade dos fatos seja alterada, adulterada, diminuída, aumentada etc. Esse dever de lealdade – em todas as esferas: administrativa, civil e criminal – é a ética fundamental da verdade imposta a todos.

O mesmo se dá no regime de produção capitalista. Com base nos princípios éticos e normativos da Constituição Federal, o Código de Defesa do Consumidor (CDC) regulou expressamente a informação e a publicidade enganosa, proibindo-a e tipificando-a como crime.

No que diz respeito, pois, às relações jurídicas de consumo, a informação e a apresentação dos produtos e serviços, assim como os anúncios publicitários, não podem faltar com a verdade daquilo que oferecem ou anunciam, de forma alguma, quer por afirmação quer por omissão. Nem mesmo manipulando frases, sons e imagens para, de maneira confusa ou ambígua, iludir o destinatário do anúncio: o consumidor. A lei quer que a verdade surja exposta por qualquer que seja o meio e, por isso, determina que o fornecedor mantenha comprovação dos dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem.

Aproveito esse ponto para eliminar uma confusão corrente quando se trata de criação e verdade em matéria de relações de consumo: não existe uma ampla garantia para a liberdade de criação e expressão em matéria de publicidade. O artista goza de uma garantia constitucional de criação para sua obra de arte, mas o publicitário não.

Um texto de oferta ou um anúncio publicitário é, em si, um produto realizado pelo publicitário ou coletivamente pelos empregados da agência. Sua razão de existir se funda em algum produto ou serviço que se pretenda mostrar e/ou vender. Dessa maneira, vê-se que a

publicidade não é produção primária, mas instrumento de apresentação e/ou venda dessa produção. Ora, como a produção primária de produtos e serviços tem limites precisos na lei, por mais força de razão o anúncio que dela fala também tem. Repito: a liberdade de criação e expressão da publicidade está limitada à ética que dá sustentação à lei. Por isso, não só não pode oferecer uma opinião (elemento subjetivo), como deve sempre falar e apresentar a verdade objetiva do produto e do serviço e suas maneiras de uso, consumo, suas limitações, seus riscos para o consumidor etc. Evidentemente, todas as frases, imagens, sons etc. da oferta ou do anúncio publicitário sofrem a mesma limitação.

Infelizmente, nada disso impede que haja ofertas e anúncios publicitários que enganem o consumidor, com métodos bem antigos. Uma forma bastante usada é o "chamariz". Esta é uma modalidade de enganação que não está necessariamente atrelada ao produto ou serviço em si. Por exemplo, ouve-se no rádio o seguinte anúncio: "Os primeiros dez ouvintes que ligarem terão desconto de 50% na compra de tal produto; ou farão o curso gratuitamente etc." Quando o consumidor liga, ainda que seja logo em seguida, recebe a resposta de que é o décimo primeiro a ligar. Depois recebe o "malho" de venda. Esse tipo de "chamariz" também é usado por meio de malas diretas, anúncios em jornais, na TV e ultimamente com grande destaque na internet.

Outro exemplo dessa "técnica" é o "chamariz" da liquidação. Anuncia-se a liquidação, com grandes descontos, e, quando o consumidor chega à loja, a liquidação é restrita a uma única prateleira ou estante.

Esse método é usado em larga escala. Há lojistas, em véspera de época de liquidação, que aumentam o preço para depois, com o desconto, voltar ao preço anterior. E há lojas que estão em "liquidação" ou "promoção" o ano todo. Existem também produtos que são vendidos de modo que o consumidor nunca saiba qual é o preço, pois na oferta sempre consta algum tipo de desconto. É o que se chama "vender descontos". E via internet já ficaram famosas as ofertas da *Black Friday,* apelidada de "black-fraude": os preços são aumentados alguns dias antes e com os descontos da sexta-feira (que não nos pertence, eis que é típica dos EUA) voltam ao preço regular!

O "chamariz" é, portanto, uma maneira enganosa de atrair o consumidor, para que, uma vez estando no estabelecimento (ou via

internet), acabe comprando algo ainda que não estivesse muito disposto.

Além disso, é de se considerar algo evidente: o anúncio será enganoso se o que foi afirmado não se concretizar. Se o fornecedor diz que o produto dura dois meses e em um ele está estragado, a publicidade é enganosa. Se apresenta o serviço com alta eficiência, mas o consumidor só recebe um mínimo de eficácia, o anúncio é, também, enganoso. Enfim, será enganoso sempre que afirmar algo que não corresponda à realidade do produto ou serviço de acordo com todas as suas características.

A enganosidade ocorre não só quando se constata a afirmação de uma mentira ou a apresentação de algo falso. Ela ocorre também nas informações mal formuladas, inadequadas, insuficientes e toda sorte de fórmulas ocultadoras do real e que acabam por enunciar a intenção do emissor da mensagem. Veja-se esse exemplo: um anúncio de sabonete diz que este é capaz de eliminar 99,9% de todos os germes e bactérias. O propósito do emissor é evidente: como ele afirma que 0,1% dos agentes que causam mal à saúde não são eliminados, se por acaso algum consumidor que o tenha utilizado acabar adoecendo não poderá acionar o fabricante porque não foi prometido 100% de eficiência. Os tal 99,9% ficam, portanto, como mais um modo de sedução para a venda do produto (mais uma forma de atrair o consumidor).

As táticas e técnicas variam muito e todo dia surgem novas, engendradas em caros escritórios modernos onde se pensa frequentemente em como impingir produtos e serviços mesmo contra a real vontade do consumidor e, também, fazendo ofertas que nunca se realizam efetivamente. São os produtores da mentira dessa sociedade capitalista com pouca ética.

Vejamos, então, o que o Código de Defesa do Consumidor (CDC) determina para que a oferta e a publicidade sejam válidas. A oferta está especificamente regulada nos arts. 30 e 31 do CDC, que dispõem:

> Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.

> Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.
>
> Parágrafo único. As informações de que trata este artigo, nos produtos refrigerados oferecidos ao consumidor, serão gravadas de forma indelével.

Para aquilo que nos interessa neste artigo, chamo atenção para alguns elementos. Veja-se que na redação do *caput* do art. 30 estão dois vocábulos iniciais: (toda) "informação ou publicidade".

A norma propositalmente não fala apenas em "publicidade", mas também em "informação". Isso significa dizer que uma é diversa da outra, ou, mais precisamente, pode-se dizer que toda publicidade veicula alguma (algum tipo de) informação, mas nem toda informação é publicidade.

É verdade que o termo "publicidade" tem um sentido bastante amplo. No Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária define-se "anúncio" em "sentido lato" como "qualquer espécie de publicidade" veiculada por qualquer meio de comunicação, inclusive "embalagens, rótulos, folhetos e material de ponto de venda" (art. 18). Logo, a publicidade abrange os comumente conhecidos de todos anúncios de televisão, rádio, jornal, revista, cinema e, também, os constantes de rótulos, folhetos e dos materiais entregues nos pontos de venda, nas redes sociais, internet etc.

Acontece que a informação é mais ampla. Ela abrange tudo isso, mas é também a fala ou resposta do gerente do banco, do funcionário do atendimento telefônico, da administradora do cartão de crédito, o preço dado pelo feirante, "de boca", para o consumidor, do agente emissor de passagens de qualquer tipo, do *maître* no restaurante, do recepcionista no hotel, são os dados técnicos apresentados nas embalagens e rótulos dos produtos, enfim, é qualquer informação oferecida por todo e qualquer meio de comunicação escrito, verbal, gestual etc. que chegue ao consumidor.

Pode-se, então, dizer que a oferta é um veículo, que transmite uma mensagem, que inclui informação e publicidade. O fornecedor é o emissor da mensagem e o consumidor é seu receptor.

Na sequência, a norma diz que essa informação ou publicidade é "suficientemente precisa". É necessária uma pausa para buscar o que pretendeu a lei com tal expressão. Terá querido dizer:

a) que toda informação ou publicidade tem de ser suficientemente precisa? Ou,

b) que a vinculação da oferta só se dará se a informação ou publicidade for, de fato, suficientemente precisa?

A resposta só pode ser a da pergunta "a", porque se a informação ou publicidade não for suficientemente precisa já estará havendo uma infração. É a própria lei, no art. 31, que obriga toda informação ou publicidade a ser suficientemente precisa.

Se não for, das duas uma:

a) ou nada comunica e aí não se pode falar em oferta por impossibilidade material da mensagem;

b) ou comunica mal, caso em que se deverá fazer uma interpretação da mensagem contra o fornecedor que a emitiu ou veiculou.

Seguindo a proposição da redação do art. 30, temos que a norma não estabelece limite ao meio de comunicação no qual a mensagem será transmitida. Toda e "qualquer forma ou meio de comunicação" está prevista. Vale dizer, televisão, rádio, web/internet, rede social, cinema, jornal, revista, mala-direta, folheto, cartaz, *outdoor, telemarketing* etc.

A publicidade enganosa, por sua vez, está tratada nos parágrafos 1º e 3º do art. 37 e, também, no art. 69. Para o que nos interessa, cuido do estabelecido nos parágrafos do art. 37, assim dispostos:

> Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.
>
> § 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades,

> origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.
>
> [...]
>
> § 3º Para os efeitos deste Código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.

O CDC foi exaustivo e bastante amplo na conceituação do que vem a ser publicidade enganosa. Ele quis garantir que efetivamente o consumidor não seria enganado por uma mentira nem por uma "meia verdade".

Diz a lei que é enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, capaz de induzir ao erro o consumidor a respeito da natureza, das características, da qualidade, da quantidade, das propriedades, da origem, do preço e de quaisquer outros dados a respeito dos produtos e serviços oferecidos.

Logo, o efeito da publicidade enganosa é induzir o consumidor a acreditar em alguma coisa que não corresponde à realidade do produto ou serviço em si, ou relativamente a seu preço e forma de pagamento, ou, ainda, a sua garantia etc. O consumidor enganado leva, como se diz, "gato por lebre". Pensa que está numa situação, mas, de fato, está em outra.

As formas de enganar variam muito, uma vez que nessa área os fornecedores e seus publicitários são muito criativos. Usa-se de impacto visual para iludir, de frases de efeito para esconder, de afirmações parcialmente verdadeiras para enganar, conforme demonstrei acima.

Além do que acima expus, consigno que a própria norma autorregulamentadora reconhece a influência que o anúncio publicitário exerce na coletividade. É importante que assim seja, exatamente para anular o depoimento de alguns publicitários que pretendem desresponsabilizar-se do que fazem, dizendo que a publicidade apenas reflete aquilo que a sociedade pensa e/ou faz.

A norma até realça o aspecto da influência porque diz textualmente: "de vez que a publicidade exerce forte influência de ordem cultural sobre grandes massas de população".[3] Isso reforça a necessidade do controle judicial da publicidade comercial.

---

[3] Art. 7º do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária.

Há uma outra questão importante que tem passado despercebida. Em tempos de isolamento social com ofertas e vendas de produtos e serviços via internet, é necessário que as autoridades controlem o modo como as empresas se apresentam na web. Lembro que no Brasil não só o CDC diz como o fornecedor deve se apresentar e oferecer seus produtos e serviços, mas um decreto de 2013 detalha como isso deve se dar.

Com efeito, o Decreto 7.962, de 15 de março de 2013, fixou uma série de regras para o comércio eletrônico. Seu art. 1º deixa claro que são direitos dos consumidores na contratação de compras via Internet:

a) O fornecimento de informações claras a respeito do produto, do serviço e do fornecedor;

b) O atendimento facilitado ao consumidor; e

c) O respeito ao direito de arrependimento.

Na realidade, essas são determinações desnecessárias, visto que tudo isso e muito mais está estabelecido no CDC incontestavelmente. Mas, o art. 2º do decreto elenca obrigações que muitos sites não cumprem. Existem anunciantes de todos os portes que não respeitam a lei.

Esse artigo diz que os sítios eletrônicos ou demais meios eletrônicos utilizados para oferta ou conclusão de contrato de consumo devem disponibilizar, em local de destaque e de fácil visualização, as seguintes informações:

a) O nome empresarial e o número de inscrição do fornecedor no Cadastro Nacional de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas do Ministério da Fazenda (CNPJ);

b) O endereço físico e eletrônico e demais informações necessárias para sua localização e contato;

c) As características essenciais do produto ou do serviço, incluídos os riscos à saúde e à segurança dos consumidores;

d) A discriminação, no preço, de quaisquer despesas adicionais ou acessórias, tais como as de entrega ou seguros;

e) As condições integrais da oferta, incluídas as modalidades de pagamento, disponibilidade, forma e prazo da execução do serviço ou da entrega ou disponibilização do produto; e

f) Informações claras e ostensivas a respeito de quaisquer restrições à fruição da oferta.

O decreto determina ainda que, para garantir o atendimento facilitado ao consumidor, o fornecedor deverá:

a) apresentar um sumário do contrato antes da contratação, com as informações necessárias ao pleno exercício do direito de escolha do consumidor, enfatizadas as cláusulas que limitem direitos;

b) oferecer ferramentas eficazes ao consumidor para identificação e correção imediata de erros ocorridos nas etapas anteriores à finalização da contratação;

c) confirmar imediatamente o recebimento da aceitação da oferta;

d) disponibilizar o contrato ao consumidor em meio que permita sua conservação e reprodução, imediatamente após a contratação;

e) manter serviço adequado e eficaz de atendimento em meio eletrônico, que possibilite ao consumidor a resolução de demandas referentes a informação, dúvida, reclamação, suspensão ou cancelamento do contrato;

f) confirmar imediatamente o recebimento das demandas do consumidor, pelo mesmo meio empregado por ele;

g) utilizar mecanismos de segurança eficazes para pagamento e para tratamento de dados do consumidor.

Anoto que o fornecedor tem cinco dias para encaminhar resposta ao consumidor sobre as demandas referentes a informação, dúvida, reclamação, suspensão ou cancelamento do contrato, conforme previsto na norma.

O CDC, no art. 49, estabeleceu o direito de desistência a favor do consumidor nas compras feitas via web. Visando dar eficácia ao contido nesta norma, o Decreto 7.962 trouxe para o sistema uma série de outras determinações específicas. Numa delas (art. 5º “caput”), reforça que o fornecedor deve informar, de forma clara e ostensiva, os meios adequados e eficazes para o exercício do direito de arrependimento pelo consumidor. E noutra (§ 1º do mesmo art. 5º) disciplina aquilo que já estava inserido como garantia no CDC: que o consumidor poderá exercer seu direito de arrependimento pela mesma ferramenta utilizada para a contratação, sem prejuízo de outros meios disponibilizados.

Uma boa novidade trazida pelo decreto é a determinação de que o fornecedor envie ao consumidor a confirmação do recebimento da

desistência imediatamente após a manifestação do arrependimento (§ 4º, art. 5º).

Anoto que, recentemente, como decorrência da pandemia da Covid-19 foi aprovada a Lei 14.010, de 10 de junho 2020, que, dentre outras regras, modificou o CDC exatamente nesse ponto, por um curto período de tempo. O art. 8º dessa Lei dispôs: "Art. 8º – Até 30 de outubro de 2020, fica suspensa a aplicação do art. 49 do Código de Defesa do Consumidor na hipótese de entrega domiciliar (delivery) de produtos perecíveis ou de consumo imediato e de medicamentos."

Volto ao tema do decreto. Se o consumidor desistir do negócio no prazo legal (de 7 dias) ou no prazo que o fornecedor conceder (se for maior), qualquer importância que eventualmente já tenha sido paga (entrada, adiantamento, desconto do cheque, pagamento com cartão etc.) deve ser devolvida em valores atualizados. Se, por exemplo, foi feita a autorização para débitos parcelados no cartão de crédito e apenas o primeiro (do ato da compra) tiver sido lançado, este tem que ser devolvido em dinheiro ou lançado como crédito no cartão e os demais têm que ser cancelados pela vendedora com a administradora do cartão de crédito.

Por fim, lembro que a norma diz que o exercício do direito de arrependimento implica a rescisão dos contratos acessórios, sem qualquer ônus para o consumidor (§ 2º do art. 5º); e que o exercício desse direito deve ser comunicado imediatamente pelo fornecedor à administradora do cartão de crédito, banco ou instituição financeira, para que: a) a transação não seja lançada na fatura ou conta do consumidor; ou b) que seja efetivado o estorno do valor, caso o lançamento na fatura ou conta já tenha sido realizado (§ 3º e incisos I e II do mesmo art. 5º).

Concluo, portanto, este artigo, anotando que o CDC regulou de forma ampla e clara a oferta e a publicidade para buscar coibir as práticas ilícitas ligadas a elas e que existe norma específica para as ofertas feitas pelo chamado *e-commerce,* que tornou-se o maior mercado de varejo neste grave momento da pandemia que vivemos. Cabe aos órgãos de defesa do consumidor, tanto públicos como associações privadas e, também, naturalmente, aos próprios consumidores, denunciarem os eventuais abusos cometidos.

Referências

AGUIAR JR., Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. *Revista Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 14, 1995.

ALVIM, Thereza *et al*. *Código do Consumidor comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

BAUDRILLARD, Jean. *A sociedade de consumo*. Lisboa: Edições 70, 1981.

CALDEIRA, Mirella D'Angelo. *O controle das práticas abusivas pelo princípio da boa-fé*. 1998. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 1998.

COM PANDEMIA, *e-commerce* cresce 81% em abril e fatura R$ 9,4 bilhões. *E-commerce Brasil*, [S. l.], 8 maio 2020. Disponível em: https://bit.ly/3me9uXT. Acesso em: 13 set. 2020.

RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Comentários à Lei de Plano e Seguro-Saúde*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

______. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 8. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

______. *Curso de Direito do Consumidor*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

______. *O Código do Consumidor e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Saraiva, 1997.

______. *O princípio constitucional da dignidade humana*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

Oferta enganosa de bens ou produtos em veículo de comunicação em massa – vulnerabilidade exacerbada dos consumidores em razão da pandemia da Covid-19 – dano a consumidores e sua respectiva reparação – análise de caso concreto diante de precedentes da jurisprudência sobre fatos análogos, mas não ocorrido em situação excepcional de pandemia mundial

Patricia Bueno Scivittaro[1]
Juíza de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: 1. Introdução; 2. Do caso concreto: oferta veiculada em horário nobre de emissora de TV aberta durante quarentena da pandemia da Covid-19; 3. Da oferta enganosa: considerações gerais; 4. Dos precedentes: análise crítica dos argumentos; 5. Da vulnerabilidade exacerbada do consumidor diante da pandemia da Covid-19: causa determinante para modificação do entendimento dominante da jurisprudência; 6. Conclusão; 7. Referências.

1. Introdução

Jamais se imaginou, acredita-se, que algum dia a humanidade moderna passaria por uma pandemia como a atualmente vivenciada, provocada por um vírus desconhecido pela ciência médica, denominado

---

[1] Especialista em Direito Público pela Escola Paulista da Magistratura, bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, professora assistente do Curso de Especialização de Direito do Consumidor da Escola Paulista da Magistratura e Juíza Titular da 1ª Vara Cível da Comarca de Indaiatuba.

Covid-19, cujos sintomas, inicialmente, manifestaram-se em habitantes de uma cidade no interior da China, de onde, rapidamente, ante sua alta contagiosidade, alastrou-se para o mundo.

Diante dos avanços científico-tecnológicos da sociedade hodierna, cogitar que a humanidade vivenciaria isolamento social para evitar contaminação em massa pelo coronavírus e impedir o colapso mundial dos sistemas de saúde era algo também inimaginável.

O distanciamento social como medida de emergência para controle da pandemia da Covid-19, com alta letalidade entre os idosos, levou a população mundial ao confinamento, com restrição de sua liberdade de ir e vir, em situação similar aos filmes de ficção científica, com séria repercussão na economia mundial e inevitável reflexo nas relações jurídicas da sociedade atual.

Os deletérios efeitos socioeconômicos causados pela pandemia da Covid-19 despertaram o interesse pela elaboração do presente trabalho, que tem por objetivo analisar, dentro do microssistema do Código de Defesa do Consumidor, quais as implicações da pandemia e quais as soluções que os operadores do Direito irão empreender para minimizar os drásticos reflexos que essa situação excepcional de saúde pública causará nas relações de consumo da população brasileira.

Para o desenvolvimento deste trabalho será abordado caso concreto de publicidade enganosa veiculada por emissora de TV de canal aberto nacionalmente conhecida, quando já instalada quarentena pela pandemia da Covid-19, mediante análise de argumentos utilizados em precedentes jurisprudenciais de casos análogos, ocorridos fora da situação excepcional de pandemia, para verificar se tais argumentos são válidos e devem ser utilizados como adequada forma de solução de conflito entre o consumidor lesado e os responsáveis pelo seu respectivo dano, tendo em mente os princípios que norteiam o microssistema jurídico estabelecido para defesa dos direitos do consumidor em nosso país.

2. Do caso concreto: oferta veiculada em horário nobre de emissora de TV aberta durante quarentena da pandemia da Covid-19

A celeridade da propagação do vírus Covid-19 entre a população mundial causou sérios e desastrosos reflexos nas relações sociais,

econômicas e comerciais, com nefastas consequências em todas as esferas da Federação nas relações de consumo que impulsionam a economia pátria.

A excepcionalidade dessa situação, que gera instabilidade e insegurança na sociedade em geral, trouxe à baila matéria jornalística veiculada[2] em rede de TV aberta, noticiando o prejuízo material de centenas de consumidores que adquiriram, a preço promocional, TV de plasma da marca Sony, da empresa 123 Importados. A exaustiva publicidade veiculada em horário nobre da TV Bandeirantes, precisamente durante o Jornal da Band, transmitido em rede nacional, atingia número indeterminável de consumidores enclausurados em suas residências.

Segundo a referida matéria jornalística, os consumidores, mediante acesso a site da empresa, divulgado na propaganda veiculada pela TV Bandeirantes, efetuaram compra on-line do produto anunciado, o qual não foi devidamente entregue, conforme prometido pela empresa anunciante. Após investigação, constatou-se, aparentemente, tratar-se de empresa de fachada, cujo único sócio teria cumprido pena por tráfico ilícito de entorpecentes.

O fato em comento traz consigo o potencial agravante de sua ocorrência durante quarentena da pandemia da Covid-19, que restringiu a liberdade de consumo dos cidadãos ante a suspensão das atividades comerciais para frear o avanço da doença letal. Com o fechamento do comércio de produtos não essenciais, como o é uma TV de plasma, não resta dúvida de que a oferta promocional veiculada em horário nobre de rede de TV aberta atingiu de forma ampla número indeterminável de consumidores fragilizados pela excepcional e desconhecida situação pandêmica que se instalava no país.

O consumidor, parte vulnerável da relação de consumo, teve essa condição exacerbada, potencializando o risco de dano?

Antes de abordar esta questão do agravamento ou não da vulnerabilidade do consumidor em razão da pandemia da Covid-19, importa discorrer breves linhas a respeito do fato determinante da ocorrência do dano a número indeterminável de consumidores, segundo caso concreto em análise: a oferta enganosa.

---

[2] Disponível em: https://bit.ly/2RuVeeU. Acesso em: 15 jun. 2020.

3. Da oferta enganosa: considerações gerais

O Código de Defesa do Consumidor, em seu Capítulo V, normatiza as práticas comerciais voltadas à relação de consumo, dentre as quais estão a oferta (artigos 30 a 35) e publicidade (artigos 36 a 38), sendo de relevante interesse ao assunto em estudo as disposições contidas em seus artigos 30, 37 e 35, nesta ordem.

A oferta e a publicidade são práticas comerciais amplamente utilizadas para fomentar as relações consumeristas, sendo a publicidade importante técnica pré-contratual de persuasão ao consumo. Por esta razão, o Estatuto Consumerista preocupou-se em proteger o consumidor contra a oferta ou publicidade enganosa, estabelecendo diretrizes para este fim em capítulo próprio.

O citado diploma legal estabelece como direito básico do consumidor a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva (artigo 6º, inciso IV) e como princípios norteadores da publicidade, dentre outros, a não abusividade da publicidade (artigo 37, parágrafo 2º), a lealdade publicitária (artigo 4º, inciso VI), a vinculação da oferta publicitária (artigo 30) e a veracidade da publicidade (artigo 37, parágrafo 1º).

Ao tratar das práticas comerciais, Herman Benjamin[3] pontua as diferentes características da sociedade pré-industrial, dotada de intensa pessoalidade nas relações comerciais, em comparação à atual sociedade de consumo, intensamente massificada em todas as suas fases, da produção à comercialização, passando pela publicidade, tudo com o único intuito de atingir o mercado de consumo, também massificado, visto que composto de indeterminável número de consumidores anônimos.

---

[3] BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos *et al*. Das práticas comerciais. In: BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos *et al*. *Código brasileiro de defesa do consumidor:* comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 254-255: "A sociedade de consumo é, antes de tudo, uma realidade coletiva, em que os indivíduos (fornecedores e consumidores) e os bens (produtos e serviços) são engolidos pela massificação das relações econômicas: produção em massa, comercialização em massa, crédito em massa, comunicação em massa e consumo em massa. Inseridas nesse novo modelo econômico e social, as práticas comerciais — igualmente como fenômeno de massa — ganham enorme relevo. Afinal, sem marketing, um dos diversos componentes das práticas comerciais, não haveria, certamente, sociedade de consumo. Em tal contexto difuso ou coletivo, desaparece, ou perde importância, a sociedade pessoal, aquela em que o consumidor e o fornecedor são velhos conhecidos. De fato, na sociedade pessoal, pré-industrial, todos se conheciam. Não é o que se dá no esquema da sociedade de consumo."

Segundo o eminente jurista, o *marketing*, que não se confunde com a publicidade, tem relevante papel para alavancar as vendas em uma sociedade de consumo, com a aproximação dos consumidores aos bens de consumo massivamente produzidos. Ele ressalta, contudo, que nesse processo podem ocorrer vícios que exponham os consumidores a potencial risco de dano, quando não o submetem a situação de dano efetivo.[4]

Exemplo concreto da prática patológica de oferta publicitária é a questão sob análise, que causou inequívoco dano a número indeterminável de consumidores, em plena pandemia da Covid-19.

Os consumidores foram alvo de conhecida prática comercial para alavancar a comercialização de produto de consumo durável: publicidade televisiva[5] em rede nacional, cuja abrangência implica enorme potencial lesivo se a oferta publicitária for enganosa.

Precisamente, a publicidade em referência é falsa, o que é um tipo de publicidade enganosa.[6] Com efeito, a publicidade transmitida exaustivamente no intervalo do Jornal da Band veiculou oferta falsa,

---

[4] Ibid., p. 255-256: "Temos, pois, que as práticas comerciais servem (também se servem) e alimentam (também se alimentam) a (da) sociedade de consumo, aproximando os consumidores dos bens maciçamente colocados à sua disposição. Esse é seu grande papel. E exatamente aí, paradoxalmente, reside o seu grande perigo para os consumidores em geral. Vale dizer: o caráter patológico das práticas comerciais manifesta-se como um vício na forma como se processa essa 'aproximação' entre os diversos sujeitos do mercado e os bens de consumo. A quebra do 'anonimato' traz riscos para o consumidor."

[5] E para que não haja dúvida de que a oferta do caso em concreto foi realizada por publicidade televisiva, é interessante citar os argumentos apresentados por Lucia Ancona Lopez de Magalhaes Dias, em sua tese de doutorado, para diferenciar mensagem publicitária, informe desinteressado, informe publicitário e propaganda: "A mensagem é publicitária quando apresenta o escopo, direto ou indiretamente, de promover a aquisição de bens ou serviços pelo consumidor. Distingue-se da mera informação que é neutra e desinteressada na apresentação dos dados e características do produto ou serviço como são, por exemplo, as informações de conteúdo jornalístico ou científico. Uma matéria elaborada por profissional que informe o consumidor sobre as características de certo(s) produto(s), a partir de pesquisas ou estudos realizados não pode ser confundida com publicidade. Havendo, no entanto, interesse comercial na divulgação do produto necessário advertir o consumidor de que se trata de um – Informe Publicitário e não de uma opinião desinteressada. A informação de caráter publicitário também não se confunde com a chamada propaganda, cujo objetivo é a divulgação de ideias sem finalidade econômica (ex: propaganda eleitoral, religiosa, governamental)." DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Critérios para avaliação da licitude da publicidade*. 2010. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 99.

[6] BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. Oferta e publicidade. *In:* BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe (org.). *Manual de Direito do Consumidor*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 281-282: "Não se confunde publicidade falsa com publicidade enganosa. Aquela não passa de um tipo desta. O grande labirinto dessa matéria decorre exatamente do fato de que a publicidade enganosa, nem sempre é evidentemente falsa."

consistente na venda de produto de renomada marca de TV existente no mercado de consumo, por preço altamente convidativo, cuja entrega o respectivo fornecedor-anunciante, antecipadamente, tinha ciência de que não cumpriria, pois se tratava de uma empresa de fachada que não dispunha do produto anunciado em estoque.

E diante da oferta enganosa em referência, objeto de publicidade amplamente divulgada em rede televisiva de canal aberto, um número indeterminável de consumidores foi exposto a risco de dano ou efetivamente prejudicado, pois foi induzido ao erro pela oferta falsa e pagou por um produto que não lhe foi entregue.

O consumidor lesado arcará ou não com o dano material suportado? Esta questão merece profunda reflexão pois, a depender da resposta a ser adotada, princípios[7] importantes que norteiam a defesa de relevantes direitos[8] do consumidor poderão ser renegados para favorecer o interesse econômico de um dos fornecedores pertencente à cadeia de consumo em discussão, em detrimento do consumidor lesado, que por Lei é parte presumivelmente vulnerável na relação de consumo.

Com efeito, tendo como referência o caso em concreto sob análise, os consumidores que adquiriram o produto ofertado pela empresa 123 Importados assim o fizeram em razão da oferta publicitária veiculada em horário nobre de rede aberta de televisão, ocorrida durante

---

[7] Brasil. Código de Defesa do Consumidor. "Art. 4º: A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (*Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995*) I — reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo; [...] III — harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (*art. 170, da Constituição Federal*), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores; [...] VI — coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores."

[8] Brasil, Código de Defesa do Consumidor. "Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...] IV — a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços; [...] VI — a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos."

a pandemia da Covid-19 e, as vítimas da fraude, suportaram prejuízo material, cuja reparação, inicialmente, mostra-se inviável.

Isto porque o fornecedor-anunciante, empresa de fachada, certamente não terá condições de cumprir a oferta, conforme determina o artigo 30 c.c. artigo 35, I, ambos do CDC, e tampouco disporá de patrimônio para responder por futura execução, na hipótese de ser condenado judicialmente a ressarcir materialmente o consumidor, a teor do que dispõe o artigo 35, inciso III, do CDC.

É possível ao consumidor deduzir sua pretensão de reparação contra a emissora de TV que veiculou a oferta enganosa?

Para resposta a essa indagação, interessante a análise de precedentes sobre o assunto em discussão, verificando o entendimento da jurisprudência pátria.

4. Dos precedentes: análise crítica dos argumentos

Em pesquisa realizada no sítio eletrônico do Colendo Superior Tribunal de Justiça pátrio, constatou-se a escassez de julgados que tivessem por objeto hipótese análoga ao caso concreto em estudo. Entretanto, dentre o restrito espectro de julgados analisados, verifica-se que a referida Corte apresenta entendimento dominante no sentido de que o veículo de comunicação que divulga a publicidade enganosa não pode ser responsabilizado solidariamente pelo dano causado ao consumidor, ainda que vítima de fraude.

Em análise de julgados, os fundamentos aduzidos para afastar a responsabilidade solidária das emissoras de televisão sintetizam-se no seguintes termos: “a emissora de TV não é responsável solidária pelo inadimplemento contratual do fornecedor de produtos que veicula, eis que os artigos 30 e 38 do CDC impõem deveres ao anunciante, não à empresa de comunicação pelo conteúdo da publicidade, não havendo como culpar a recorrente”;[9] “a responsabilidade pelo dano decorrente de fraude não pode ser imputada ao veículo de comunicação visto que

[9] Brasil. STJ, Resp. nº 604.172, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Brasília, 27/03/2007.

esse não participou da elaboração do anúncio, tampouco do contrato de compra e venda do produto";[10] "a responsabilidade pela qualidade do produto ou serviço anunciado é do respectivo fornecedor (artigo 3º, CDC), não se estendendo a empresa de comunicação que veicula a propaganda."[11]

No egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo verificou-se, por amostragem, julgamentos monocráticos em primeiro grau, reconhecendo a responsabilidade solidária do veículo de comunicação por publicidade enganosa produzida por fornecedores de produtos em geral; porém, em julgamento colegiado, praticamente de forma pacífica, é sustentado entendimento contrário, com os seguintes argumentos: "a emissora de TV é parte ilegítima na demanda, vez que não se encontra na cadeia de consumo, sendo indevida sua responsabilização. Houve mera veiculação de publicidade";[12] "a responsabilidade pela oferta é adstrita ao fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado. Exegese dos artigos 30 e 38 do CDC";[13] "se a emissora não responde pela simples veracidade e correção de informe publicitário (artigo 38, CDC), por mais razão não haveria de se lhe carrear a responsabilidade pela evidente má-fé daquele com quem o autor efetivamente contratou.[14]

Após atenta análise dos argumentos utilizados nos precedentes acima relacionados, impende realizar análise crítica e individual: a)

---

[10] Brasil. STJ, Ag. Rg. nos E. Dcl. no Ag. 1.360.058/RS, Rel. Ministro Sidney Benti, Brasília, j. 12/04/2011.

[11] Brasil. STJ, Resp. nº 1.157.228/RS, Rel. Ministro Aldor Passarinho Jr., Brasília, j.. 03/02/2011, DJE 27/04/2011; Resp 1.046.241, Rel. Ministra Nancy Andrighi;

[12] São Paulo. TJ, Ap. 100.7047.21.2016.8.26.0269, Rel. Des. Marcos Gozzo, j. 19/02/2019; Ap. 000.6561.66.2015.8.26.0664, Rel. Des. Azuma Nishi, j. 30/06/2016; Ap. 0000044.16.2010.8.26.0019, Rel. Des. Coelho Mendes, j. 22/05/2012; Ap. 400.2229.29.2013.8.26.0576; Rel. Des Claudio Hamilton, j. 30/03/2016.

[13] São Paulo. TJ, Ap. 400.265368.2013.8.26.0577, Rel. Flávio Abramovici, j. 21/11/2016; Ap. 0022451.40.2012.8.26.0344, Rel. Salles Rossi, j. 11/02/2016; Ap. 0011525.96.2005.8.26.0068, Rel. Des. Andrade Neto, j. 06/03/2013; Ap. 108.6550.16.2016.8.26.0100, Rel. Des. Cesar Ciampolini, j. 07/03/2018; Ap. 000.9437.75.2011.8.26.0068, Rel. Des. Ana Maria Baldy, j. 1º/03/2.018. Neste acórdão acrescenta-se, ainda, o fundamento de que a emissora não é responsável, pois não se verifica em sua conduta alguma forma de contribuição para a ocorrência dos prejuízos experimentados pelos consumidores adquirentes. E Ap. 920.1633.94.2009.8.26.000, Rel. Des. Alexandre Lazzarini, onde se acrescenta o argumento de inexistência de abuso de direito, dolo ou má-fé por parte da emissora, para justificar a sua não responsabilidade pela reparação do dano causado ao consumidor.

[14] São Paulo. TJ, Ap. 000.1498.58.2009.8.26.0280, Rel. Des. Paulo Eduardo Razuk, j. 07/05/2013.

a responsabilidade pela oferta é adstrita ao fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado. Exegese dos artigos 30 e 38, do CDC; b) a responsabilidade pela qualidade do produto ou serviço anunciado é do respectivo fornecedor (artigo 3º, CDC), não se estendendo à empresa de comunicação que veicula a propaganda.

O artigo 30 do CDC dispõe, *in verbis:* "Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado". Já o artigo 38, do citado Diploma Legal preceitua, *in verbis:* "O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina".

Esses dispositivos legais encontram-se inseridos no capítulo do Código de Defesa do Consumidor que trata das práticas comerciais, no qual o legislador, antevendo hipóteses de práticas enganosas ou abusivas, quando da utilização de técnicas de *marketing* por fornecedores de produtos e/ou serviços para alavancar suas vendas, estabeleceu salutares regras para proteção e defesa do consumidor, consagrando, através do artigo 30, o princípio da vinculação da oferta ao contrato, ao passo que trouxe, por meio do artigo 38, regra de natureza processual, consistente em distribuição do ônus probatório, ao incumbir ao fornecedor-anunciante o dever de comprovar a veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária.

A leitura acurada dos dispositivos legais acima possibilita a percepção de que ambos não versam a respeito da responsabilidade do fornecedor por dano, concreto ou em potencial, causado ao consumidor, em eventual relação de consumo, cujo regramento está no capítulo IV[15] do Código de Defesa do Consumidor.

O artigo 30, repita-se, inserido no capítulo das práticas comerciais, visa vincular o fornecedor anunciante a toda e qualquer oferta que realize, integrando-a ao contrato de consumo, como forma de permitir

---

[15] Capítulo IV: Da Qualidade de Produtos e Serviços, da Prevenção e da Reparação dos Danos

que o consumidor, atraído pela oferta, possa exigir o seu cumprimento, na hipótese de o fornecedor dela procurar se retratar.[16] Somente isso.

O fato de a letra da Lei dizer que a oferta vincula o fornecedor que a fizer veicular não confere ao intérprete o direito de, com base nesse dispositivo legal, excluir a responsabilidade solidária de outro fornecedor, integrante da cadeia de consumo, pelo dano causado ao consumidor atingido pela publicidade de oferta enganosa.

A indevida utilização do argumento em análise faz letra morta à teoria da responsabilidade civil objetiva adotada pelo Estatuto Consumerista para nortear a reparação de danos suportados pelo consumidor, parte presumidamente vulnerável nas relações de consumo em massa.

Com efeito, o microssistema de defesa do consumidor adotou como regra a responsabilidade objetiva do fornecedor de produto ou serviço, através da qual basta a comprovação do evento danoso e o nexo de causalidade entre este e o dano suportado pelo consumidor para caracterizar a responsabilidade civil do fornecedor e de todo aquele que de alguma forma concorrer para a ocorrência do dano, a teor do que dispõem o parágrafo único do artigo 7º e o parágrafo 1º do artigo 25, ambos do CDC.

A emissora de TV, ao comercializar espaço em sua programação para publicidade de oferta de produto ou serviço, beneficiando-se economicamente pela divulgação desse produto ou serviço, não faz parte da cadeia de consumo que lesou o consumidor, vítima da oferta enganosa por ela veiculada? Sob a ótica da sistemática das regras

---

[16] A confirmar esse entendimento, cita-se trecho de artigo de Cláudia Lima Marques: "Já adaptado ao novo paradigma da boa-fé e da proteção da confiança despertada, o CDC expandiu a noção de oferta, para nela incluir toda a informação suficientemente precisa e mesmo a publicidade ou atos de marketing (Art. 30) e determinou que estes atos negociais prévios fossem não só vinculantes, mas que integrassem o contrato que vier a ser celebrado (queira o fornecedor ou não ex vi Art. 1º c/c Art. 30 do CDC), quebrando a possibilidade de autodeterminação própria e autovinculação própria. [...]. estava o CDC estabelecendo um paradigma de transparência, de proteção da confiança. Toda a informação prestada pelos fornecedores, mesmo sobre a forma de publicidade ou apresentação de produtos e serviços (Art. 35 do CDC), pode vincular o fornecedor, queira ele ou não, tenha ele ou não ressalvado na publicidade ou oferta que a ela não se vincula, tenha ele a feito veicular (pago) ou tenha ele simplesmente dela se aproveitado (institucionalmente, direta ou indiretamente!), se criou a confiança de boa-fé nos consumidores! (*in* Revista da Escola Paulista do Estado de Sergipe, vol. 07, 2004, p. 49 e 50)

estabelecidas pelo Código de Defesa do Consumidor, não há dúvida de que sim. E, fazendo parte da cadeia de consumo, contribuindo com a ocorrência do dano ao consumidor, o veículo de comunicação que concretizou a publicidade da oferta enganosa certamente deve responder solidariamente pelo prejuízo suportado pelo consumidor.[17]

Com efeito, não há dúvida de que a emissora de TV contribuiu de alguma forma com o dano suportado pelo consumidor, pois foi através da veiculação da oferta enganosa em sua programação diária que ele teve acesso à oferta do produto. Será que o consumidor teria adquirido o produto caso a sua respectiva oferta, a preço promocional, não tivesse graciosamente caído em seu colo, quando este comodamente encontrava-se no interior de sua residência assistindo à programação veiculada pela emissora de televisão de sua preferência?

É de se cogitar a grande probabilidade de que o dano ao consumidor não ocorresse se a transmissora de televisão não veiculasse a oferta enganosa em cadeia nacional. Portanto, não há como afastar a emissora de televisão como fornecedor responsável solidariamente pelo dano causado ao consumidor.

E do mesmo modo, a invocação da exegese do artigo 38, do CDC, é premissa logicamente inválida para induzir à conclusão de que a emissora de televisão não é responsável solidária pela reparação do dano causado ao consumidor ludibriado por oferta e publicidade enganosas por aquela veiculada.

Isto porque a regra prevista no artigo 38 do CDC é de natureza processual, diretamente relacionada à distribuição do ônus probatório em demandas de consumo que tenham por objeto prática comercial consistente em oferta publicitária enganosa ou abusiva, atribuindo ao fornecedor que a patrocina (entenda-se: a produz, a contrata)

---

[17] É importante esclarecer que o entendimento ora sustentado, além de contrariar tese dominante do Superior Tribunal de Justiça, não é pacífico na doutrina. Compactuam do mesmo entendimento: GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 170. (Biblioteca de Direito do Consumidor, v. 16); CAMPOS, Maria Luiza de Sabóia. *Publicidade:* responsabilidade civil perante o consumidor. São Paulo: Cultural Paulista, 1996, p. 286-289. Há ainda posicionamento de Rizatto Nunes, que sustenta a responsabilidade mitigada. Vide: NUNES, Rizzato. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 450-451.

o ônus probatório de provar a veracidade e correção da informação a seu respeito.

A atribuição da responsabilidade de provar, repita-se, trata-se apenas de distribuição legal do ônus probatório, visivelmente estabelecido pela Lei para proteger o consumidor, parte vulnerável na relação de consumo, em eventual demanda judicial que patrocine contra fornecedor de produto ou serviço cuja oferta foi enganosa ou abusiva.

Esta norma, de natureza processual, da forma equivocada como tem sido utilizada nos precedentes judiciais sob análise, tem evidentemente prejudicado o consumidor, vítima de fraude em publicidade enganosa, pois isenta da responsabilidade de reparação do dano o fornecedor da cadeia de consumo que, pela sistemática do Código de Defesa do Consumidor, é solidário e objetivamente responsável por tal reparação, o que tem deixado consumidores sem a devida reparação, pois o fornecedor, excluído da responsabilidade — emissora de televisão —, a exemplo do caso concreto em análise, seria o único que teria patrimônio suficiente para arcar com o prejuízo.

E desta forma, a norma de caráter processual estabelecida no artigo 38 do CDC tem sido equivocadamente utilizada nos precedentes em análise como fundamento jurídico para desamparar o consumidor de seu respectivo direito de reparação de dano, com o consequente distanciamento da norma em comento da finalidade para a qual foi criada pelo Legislador, isto é, proteger o consumidor na defesa de seu direito em Juízo, com a imposição do ônus de provar a veracidade ou correção da oferta ao fornecedor que a patrocina.

Ou seja, a utilização de premissa inválida para dela logicamente induzir a conclusão da exclusão da responsabilidade do veículo de comunicação pelo dano provocado ao consumidor tem levado à violação de um importante princípio do sistema protetivo do consumidor, que é o princípio da efetiva reparação do consumidor.

Também não se sustentam os seguintes argumentos utilizados nos precedentes em análise: "não há como culpar a recorrente";[18] "a responsabilidade pelo dano decorrente de fraude não pode ser imputada

[18] Brasil. STJ, Resp. nº 604.172, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Brasília, j. 27/03/2007

ao veículo de comunicação visto que esse não participou da elaboração do anúncio, tampouco do contrato de compra e venda do produto";[19] "a responsabilidade pela qualidade do produto ou serviço anunciado é do respectivo fornecedor (artigo 3º, CDC), não se estendendo a empresa de comunicação que veicula a propaganda."[20]

Como já dito, o Código de Defesa do Consumidor adotou como regra a teoria da responsabilidade objetiva para fins de reparação de danos ao consumidor, excepcionando apenas a relação de consumo envolvendo prestação de serviços de profissionais liberais.[21] Portanto, na matéria em discussão, que envolve a responsabilidade de um fornecedor de serviço (emissora de TV que veicula oferta publicitária durante sua programação diária) não há que se invocar para a exclusão de sua responsabilidade civil a teoria da responsabilidade subjetiva, que envolve a discussão de dolo e culpa do agente causador do dano ou daquele que concorre com este para sua ocorrência. Ora, se o legislador não excepcionou essa hipótese, não cabe ao julgador assim o fazer, contrariando a própria Lei.

O outro argumento acima referido, do mesmo modo, imiscui-se na teoria da responsabilidade civil subjetiva quando diz que não cabe imputar a responsabilidade à emissora pela fraude da publicidade veiculada, pois o julgador ao assim afirmar está, novamente, entrando na seara do dolo e da culpa, elementos integrantes da responsabilidade civil subjetiva. Na relação de consumo, não se discute a culpabilidade da conduta do fornecedor, isto é, se ele agiu com dolo ou culpa. Basta que sua ação ou omissão tenha contribuído para a ocorrência do dano, havendo nexo de causalidade entre este e aquela, para caracterização da sua responsabilidade civil, que somente é excluída nas hipóteses previstas nos incisos I e II, do parágrafo 3º, do artigo 14 do CDC.

Ainda tendo por objeto o argumento de que a responsabilidade pela qualidade do produto ou serviço anunciado é do respectivo fornecedor (artigo 3º, CDC), não se estendendo à empresa de comunicação

[19] Brasil. STJ, Ag. Rg. nos E. Dcl. no Ag. 1.360.058/RS, Rel. Ministro Sidney Benti, Brasília, j. 12/04/2011, Dje 27/04/2011.

[20] Brasil. STJ, Resp. nº 1.157.228/RS, Rel. Ministro Aldor Passarinho Jr., Brasília, j. 03/02/2011, DJE 27/04/2011; Resp 1.046.241, Rel. Ministra Nancy Andrighi.

[21] Art.14, § 4° A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

que veicula a propaganda,[22] é oportuno pontuar que o veículo de comunicação, no caso a emissora de televisão, enquadra-se no conceito legal de fornecedor de serviço[23] e faz parte, em particular, da cadeia de consumo do produto adquirido pelo consumidor lesado pela publicidade enganosa do seu fornecedor direto.

Isto porque a transmissora de TV contribuiu para a venda do produto ao consumidor, sendo remunerada pelo comerciante do produto pela veiculação da publicidade em sua programação diária, pouco importando se o veículo de comunicação tinha ciência ou não do conteúdo da oferta enganosa por ele veiculada.

Por que a alta Corte de Justiça deste país isenta a emissora de televisão, ou outros meios de comunicação, da responsabilidade pelo dano causado ao consumidor por ter sido ludibriado por oferta e publicidade enganosas?

O referido entendimento jurisprudencial direciona suas decisões para a parte mais forte da relação de consumo,[24] em prejuízo a todo microssistema criado por determinação constitucional para defesa do consumidor,[25,26] parte vulnerável e usualmente hipossuficiente da

---

[22] Brasil. STJ, Resp. nº 1.157.228/RS, Rel. Ministro Aldor Passarinho Jr., j. 03/02/2011, DJE 27/04/2011; Resp 1.046.241, Rel. Ministra Nancy Andrighi.

[23] Art. 3° Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. § 1°… § 2° Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

[24] Entendimento esposado pelo desembargador Galdino Toledo Junior, nos autos da apelação nº 0046258.16.2009.8.26.0564, deixa bem clara a tendência da crítica em comento, a exemplo do argumento a seguir transcrito: "Entendimento em contrário, *data venia*, implicaria reconhecimento de que toda a mídia responderia particularmente pelos anúncios veiculados, transferindo a estas, dentre outras, a obrigação de testar cada produto, bem como a quantidade de estoque existente, ou a própria idoneidade financeira da vendedora, inviabilizando com isso, totalmente, a própria atividade, já que obrigaria cada anunciante a ter seu próprio canal de divulgação de seus produtos".

[25] Brasil. Constituição Federal. 1988. Art. 5º: "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: […] XXXII — o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor."

[26] Gustavo Tepedino compartilha exatamente entendimento contrário ao comportamento da Jurisprudência em referência, ao sustentar que: "se a proteção ao consumidor é instrumental à tutela de dignidade da pessoa humana, a situação de vulnerabilidade de pessoas atingidas por acidentes de consumo ou práticas comerciais abusivas mostra-se suficiente para atrair os dispositivos do Código

relação de consumo, de forma a contribuir com o desequilíbrio desta relação jurídica, exatamente o que o Poder Constituinte pretendeu afastar para permitir justiça social e dignidade a seus cidadãos através dos princípios da ordem econômica estabelecidos no artigo 170 da Constituição Federal, dentre os quais está a defesa do consumidor (inciso V, artigo 170, CF/88).[27]

5. Da vulnerabilidade exacerbada do consumidor diante de pandemia da Covid-19: causa determinante para modificação do entendimento dominante da jurisprudência

A defesa do consumidor, alçada pela Constituição Federal de 1988 como direito fundamental (artigo 5º, inciso XXXII), teve seu respectivo sistema protetivo criado em cumprimento a comando constitucional (artigo 48, ADCT),[28] pois foi reconhecido pelo Poder Constituinte que, para o real e efetivo exercício de um Estado Democrático de Direito, sua respectiva economia deveria estar fortalecida e, para o alcance de tal intento, o princípio da igualdade deveria imperar em todos os âmbitos de sua sociedade: social, político e econômico.

O sábio critério adotado para minimizar a desigualdade existente nos mecanismos impulsionadores da economia foi a criação de um conjunto de normas para proteger o consumidor em suas relações negociais, pois este foi reconhecido pelo legislador como a parte

---

de Defesa do Consumidor, a um tempo justificando as normas de expansão do sistema e disciplinando a sua interpretação. [...] Além disso – e talvez o mais importante – a solução corrobora a percepção, cada vez mais amadurecida, que é a tutela constitucional das desigualdades *que justifica a intervenção em favor dos consumidores e não o contrário.*" (TEPEDINO, Gustavo. *Os contratos de consumo no Brasil:* temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, t. 2, p. 134, grifo nosso)

[27] Segundo Cláudia Lima Marques: "Em nosso caso, a opção da Constituição Federal de 1988 de tutela especial aos consumidores, considerados agentes econômicos mais vulneráveis no mercado globalizado, foi uma demonstração de como a ordem econômica de direção devia preparar o Brasil para a economia e a sociedade do século XXI. Efetivamente, o direito do consumidor é direito fundamental, direito humano de nova geração, direito social e econômico positivado na Constituição Brasileira (art. 5, XXXII CF/ 88)", (MARQUES, Cláudia, Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. *Revista da Escola da Magistratura de Sergipe*, n. 7, p. 15-54, 2004, p. 32).

[28] "Art. 48. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor".

fraca, vulnerável da relação negocial, portanto, subjugada pelo poderio econômico dos fornecedores do mercado de consumo, o que, se assim prevalecesse, impediria o Estado brasileiro de alcançar os seus objetivos de República Federativa, em especial, de ser uma sociedade livre, justa e solidária, nacionalmente desenvolvida (artigo 3º, I e II, CF/88).

Vale dizer que o Poder Constituinte, na época da elaboração da Constituição Federal hoje em vigor, reconheceu a vulnerabilidade como condição intrínseca a todo e qualquer consumidor, ante o fato de este não deter o controle sobre os bens de produção, carecendo também do poder de informação sobre a qualidade e segurança de qualquer produto ou serviço colocado no mercado de consumo, o que o sujeita a ser vítima de fraudes, de dano a sua saúde, a sua integridade física ou psicológica, com reflexos diretos em seu patrimônio ou direito de personalidade.

A vulnerabilidade do consumidor, portanto, deve ser entendida como sua condição de fragilidade em relação ao fornecedor, o qual apresenta poderio econômico, controle técnico e de produção do seu produto ou serviço. A vulnerabilidade do consumidor não se confunde com a hipossuficiência. A vulnerabilidade é conceito de natureza abstrata e genérica e é ínsito à condição de toda e qualquer pessoa que figure como consumidor em uma relação de consumo. A hipossuficiência é característica particular a uma pessoa ou grupo de pessoas que se subsomem a uma determinada condição, que acentua sua hipossuficiência intelectual, cultural e econômica,[29] a exemplo de crianças, jovens ou idosos, pobres, analfabetos ou semianalfabetos.

Percebe-se, portanto, que o princípio da vulnerabilidade do consumidor está intrinsecamente relacionado ao princípio da proteção do consumidor, que se desdobra através de disposições do Código de Defesa do Consumidor que estabelecem a regra da responsabilidade objetiva do fornecedor, a responsabilidade solidária de todos os fornecedores que integram a cadeia de consumo e a facilitação da defesa do consumidor em demandas judiciais, com a possibilidade da inversão do ônus

---

[29] Para aprofundamento do assunto, sugere-se leitura da dissertação de mestrado de Luiz Roberto Borges, *A vulnerabilidade do consumidor e os contratos de relação de consumo*, sob orientação da Prof.ª Dr.ª Maria de Fatima Ribeiro, em especial as páginas 58 a 63.

probatório, tudo assegurado pelo direito fundamental do indivíduo ao amplo acesso ao Poder Judiciário (artigo 5º, inciso XXXV, CF/88).

E, considerando a sistemática protetiva do consumidor, tão bem alinhavada pelo Legislador através da edição do Código de Defesa do Consumidor, deve-se prestigiar de maneira efetiva todas as suas normas e princípios nesta época em que a sociedade brasileira encontra-se acometida pela pandemia da Covid-19, a qual, sem dúvida, exacerbou a vulnerabilidade dos consumidores nas relações de consumo.

Com efeito, como já dito inicialmente, a imprevisível situação de calamidade de saúde pública instaurada pela pandemia em referência, que expõe a sociedade mundial a vírus desconhecido cujas implicações sintomáticas no organismo do ser humano também são desconhecidas da ciência médica, obriga essa mesma sociedade, como maneira de conter a propagação desse vírus, ao distanciamento social, com o confinamento de toda sua população, dentre ela a brasileira, em suas residências, como medida essencial à manutenção da vida.

Essa inesperada situação gerou imediato reflexo negativo na economia mundial, com sua cadeia de produção de bens e de consumo inesperadamente interrompida, acarretando desastrosos efeitos na capacidade de geração de renda dos cidadãos e do próprio Estado.

A incerteza instaurada pelo desconhecido vírus pandêmico desestabilizou todo o mercado de consumo e, por conseguinte, os seus integrantes, fragilizando as duas partes dessa relação, isto é, fornecedor e consumidor, tornando, contudo, o consumidor mais fragilizado, considerando já sua presumida vulnerabilidade.

O confinamento da população cerceou a liberdade de ir e vir de seus integrantes, portanto, do seu livre acesso a seus fornecedores habituais, as lojas físicas de sua confiança, cuja prática de acesso, no mercado brasileiro, ainda é preponderante.

Os consumidores, em virtude da quarentena instaurada pela pandemia da Covid-19, repentinamente deixaram de ter acesso livre e direto a produtos e serviços não essenciais, com consequente limitação à informação sobre seus respectivos preços, qualidades técnicas e condições de entrega, restringindo-se o consumo de bens não essenciais ao comércio virtual, cujo acesso, observe-se, é limitado à classe socioeconômica mais favorecida, deixando à margem do consumo grande parte da população brasileira, predominantemente pobre, em razão desigualdade social ainda existente neste país.

E neste cenário mundial e nacional certamente os consumidores, muitos deles hipossuficientes, tornam-se ainda mais vulneráveis em eventuais relações de consumo a que se submetem, podendo ser, em maior amplitude, vítimas de fraudes com reflexo patrimonial direto diante de práticas comerciais enganosas, a exemplo do caso concreto objeto de análise neste trabalho, ocorrido já em plena pandemia.

É de se observar que um número indeterminável de consumidores somente foi exposto a tal prática enganosa em razão de sua publicidade em rede televisiva aberta, de alcance nacional. E pior, que dispõe de alta credibilidade frente a seus telespectadores, favorecendo o sentimento de confiança em relação às publicidades por ela transmitidas no intervalo de sua programação diária, especificamente em horário nobre, o que, em regra, é utilizado por empresas que apresentam poderio econômico, em razão do elevado custo de veiculação da propaganda.

Ou seja, a oferta enganosa veiculada pela emissora de televisão em horário nobre de sua programação gerou errônea confiança na idoneidade da empresa anunciante, que ofertava produto de excelente qualidade no mercado de consumo a preço altamente convidativo, mas não impeditivo de sua comercialização.

Com efeito, a empresa anunciante, já em plena pandemia, oferece ao público, por meio de rede de televisão conceituada, produto conhecido e de marca confiável — por sua excelência de qualidade — pela metade do preço, prática usual no mercado de consumo em que os fornecedores visam alavancar suas vendas para queima de estoque ou até mesmo para levantar capital de giro, algo absolutamente plausível em época de crise econômica instaurada por uma pandemia.

Vale dizer, é o cenário perfeito para a oferta enganosa atingir gama enorme de consumidores, altamente fragilizados pelas desastrosas circunstâncias causadas pela pandemia, o que certamente justifica maior atenção do Poder Judiciário, com possível modificação de entendimento a respeito da exclusão da responsabilidade dos veículos de comunicação pela reparação de danos causados a consumidores, individual ou coletivamente, vítimas de propaganda enganosa por eles divulgada em sua programação diária.

6. Conclusão

Por meio de análise de caso concreto, foi constatado que consumidores do país, em razão da pandemia da Covid-19, foram vítimas fáceis de oferta publicitária enganosa veiculada em conhecida rede de televisão de canal aberto ao tornarem-se mais vulneráveis a tais práticas comerciais, já que, enclausurados em suas casas por determinação governamental, ficaram impedidos de consumir produtos e serviços não essenciais por seus meios habituais.

Constatou-se também que, a despeito do Código de Defesa do Consumidor trazer princípios e normas que visam assegurar a máxima proteção do consumidor lesado em suas relações de consumo, entendimento jurisprudencial dominante do Superior Tribunal de Justiça, acompanhado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, não confere ao consumidor a proteção desejada, pois exclui a responsabilidade solidária do veículo de comunicação na reparação do dano causado ao consumidor, embora seja responsável pela divulgação da oferta enganosa, utilizando-se de premissas inválidas para indução lógica dessa conclusão.

E assim agindo, o Poder Judiciário, através dos Tribunais em referência, atua na contramão do sistema protetivo do consumidor, protegendo fornecedor de gigante potencial econômico na cadeia de consumo sob análise, em detrimento do consumidor, parte reputada por Lei presumidamente vulnerável.

Segundo entendimento neste trabalho sustentado, prestigiando a responsabilidade objetiva e solidária de todos os fornecedores integrantes da cadeia de consumo, torna-se recomendável a mudança do referido entendimento jurisprudencial, para reconhecer a responsabilidade solidária do veículo de comunicação que divulga oferta publicitária enganosa causando danos ao consumidor, pois tal entendimento aparenta ser o que melhor atende ao sistema protetivo do consumidor, de forma a garantir a sua efetiva e integral reparação.

A mudança de entendimento mostrar-se-á altamente salutar para justas soluções em conflitos de consumo, especialmente nesta tormentosa fase de excepcional situação de calamidade de saúde pública, que certamente trará duradouros e imensuráveis prejuízos socioeconômicos à população deste país.

Referências

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos *et al*. Das práticas comerciais. *In:* BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos *et al*. *Código brasileiro de defesa do consumidor:* comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. Oferta e publicidade. *In:* BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe (org.). *Manual de Direito do Consumidor*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BORGES, Luiz Roberto. *A vulnerabilidade do consumidor e os contratos de relação de consumo*. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Marília, Marília, 2010.

CAMPOS, Maria Luiza de Sabóia. *Publicidade:* responsabilidade civil perante o consumidor. São Paulo: Cultural Paulista, 1996.

DENÚNCIA de golpe: empresa de produtos importados vende e não entrega produtos ao consumidor. [S. l.: s. n.], 2020. 1 vídeo (36 min). Publicado pelo canal Celso Russomanno. Disponível em: https://bit.ly/2RuVeeU. Acesso em: 15 jun. 2020.

DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Critérios para avaliação da licitude da publicidade*. 2010. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. *A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Biblioteca de Direito do Consumidor, v. 16).

MARQUES, Cláudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. *Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe,* Aracaju, n. 7, p. 15-54, 2004.

NUNES, Rizzato. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. *Os contratos de consumo no Brasil:* temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. 2.

A publicidade e os anúncios patrocinados em momento de pandemia

Sérgio Shimura[1]
Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo

Sumário: 1. Anúncio patrocinado; 2. Marco civil da internet; 3. *Google Ads* e *Google Shopping*; 4. Propaganda comparativa; 5. Pandemia; 6. Conclusão; 7. Referências.

Introdução

O presente ensaio aborda a questão da publicidade feita pela internet, por meio de anúncios patrocinados resultantes de mecanismos de busca (ex.: Google, Yahoo, Bing etc.), e que pode gerar discussão a respeito de informações claras e adequadas fornecidas ao consumidor (arts. 6º e 30, CDC), bem como sobre violação de marca e concorrência desleal pelo desvio fraudulento de clientela (arts. 130, III, e 195, III, Lei 9279/96 — Lei de Propriedade Industrial).

Um dos sites de busca é o da empresa Google. Quando um consumidor interessado na aquisição de um produto ou na prestação de um serviço aciona a ferramenta de busca da Google, digitando uma determinada palavra ou texto, surgem vários fornecedores resultantes das seguintes ferramentas:

1) *Google Search*: ferramenta de busca (denominada "ordinária" ou "orgânica") de páginas de terceiros na internet, disponibilizada gratuitamente ao usuário da internet, na qual aparecem os resultados "orgânicos".

---

[1] Mestre, Doutor e Livre-Docente pela PUC/SP. Professor nos programas de graduação e pós-graduação da PUC/SP, da Escola Paulista da Magistratura e da Escola Superior do Ministério Público.

2) *Google Ads* (Patrocinado): ferramenta de busca por digitação de palavras ou textos (palavras-chaves), cuja finalidade é obter resultados mais efetivos e rápidos. Por este mecanismo, o anunciante, mediante pagamento à Google, apresenta seu produto ou serviço, a partir de indicação de palavras-chaves, cujo resultado aparece com o destaque "Patrocinado", antes mesmo dos resultados orgânicos. Considerando o perfil de usuário e a região, aparecem nas primeiras colocações os anunciantes mais acessados, por serem tidos como os mais bem "ranqueados" ou "preferidos".

3) *Google Shopping:* ferramenta que permite a uma empresa anunciar seu produto, não em formato de texto ou palavras-chave, mas sim por imagens, foto, título, características, preço, cor, dimensão, disponibilidade e nome do fornecedor.

Uma empresa, pretendendo ampliar seus negócios e aumentar a sua clientela, pode contratar os serviços de busca para despontar logo no início da página como "link patrocinado", antes mesmo do site relativo à busca orgânica.

Além disso, a busca pode se dar não pelo uso de letras ou palavras, mas sim por imagens do produto. E mais. A empresa pode indicar como palavra-chave uma expressão que coincide com uma marca registrada.

Daí a discussão sobre tal prática constituir violação de marca ou concorrência desleal pelo desvio fraudulento de clientela ou captação indevida e ilícita de consumidores (arts. 130, III, e 195, III, Lei 9279/96 – Lei de Propriedade Industrial).

Inicialmente, é preciso distinguir dois tipos de relação jurídica: a primeira envolve os fornecedores; a segunda diz respeito ao vínculo do fornecedor com o consumidor.

Uma das consequências dessa distinção diz respeito à responsabilidade pelos danos. A responsabilidade de uma empresa em relação a outra pela concorrência desleal é diferente daquela do fornecedor frente ao consumidor.

Isso porque, em relação ao consumidor, em regra, todos os que estiverem na cadeia de fornecedores respondem objetiva e solidariamente pelo fato ou vício do produto ou do serviço (arts. 7º, parágrafo único, 12, 14 e 25, § 1º, CDC). Nesse passo, tanto o comerciante que

vende como os intermediários pela negociação podem responder pelos danos que o consumidor venha a sofrer.

Diferentemente, no tocante aos danos que uma empresa venha a causar a outra, a responsabilidade é de outra ordem e dimensão, com critérios distintos daqueles previstos no Código consumerista (p. ex.: responsabilidade subjetiva decorrente da prática de concorrência desleal, uso indevido de marca etc.).

1. Anúncio patrocinado

O fornecedor pode aparecer encabeçando a página porque pagou pelo "anúncio", indicando palavras-chave ou expressões descritivas de um produto.

A indicação pelo anunciante de uma palavra-chave de senso comum ou meramente descritiva de um produto ou serviço não encerra uso parasitário ou deslealdade na concorrência. E mesmo que o anunciante indique uma "marca nominativa" devidamente registrada como palavra-chave, tal procedimento serve apenas de critério para direcionar o consumidor aos sites que comercializam produtos do mesmo gênero e de sugestão de melhor divisão e estruturação ao alterar o tema: ora responsabilidade, pra concorrência desleal.

Esse *"direcionamento"* ao escolher apenas uma forma de destaque das páginas ou "links" patrocinados não constitui artifício fraudulento para desvio ilícito de clientela. A circunstância de o link do anunciante aparecer nas primeiras linhas não quer dizer que esteja vendendo o produto com a marca registrada da autora.

Ainda que o fornecedor anunciante escolha como palavra-chave (*keyword*) uma marca nominativa, não está havendo uso indevido de marca, mas simples indicação de sites (lojas virtuais, *e-commerce ou marketplaces*) que comercializam produtos do mesmo gênero ou similares.

A indicação de uma *"marca"* como palavra-chave serve tão somente de gatilho para disparar os anúncios dos fornecedores e apresentar uma lista de resultados ao usuário, procedimento que não constitui "venda" ou oferta à venda do produto, muito menos crime de concorrência desleal pelo desvio fraudulento de clientela.

2. Marco civil da internet

Uma outra questão envolve a responsabilidade dos sites de busca ou mesmo de empresas que intermediam o contato entre o consumidor e o fornecedor, os chamados *marketplace* (ex.: Americanas, Submarino, Mercado Livre etc.).

A Lei 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) dispõe sobre o "provedor de conexão" e o "provedor de aplicação" de internet (arts. 7º, XI, 11, 15 etc.). O provedor de *"conexão"* presta serviços de acesso à internet, como se infere do art. 5º, V, MCI (ex.: Net, Vivo, Claro etc.).

O provedor de *"aplicação"*, ao escolher apenas uma forma de destaque conquanto não haja conceituação legal, é aquele que disponibiliza "funcionalidades" ou informações acessíveis por meio de um terminal conectado à internet, como se depreende do art. 5º, VII, Lei 12.965/2014: "Para os efeitos desta Lei, considera-se (VII) aplicações de internet: o conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet".

Nesse passo, o art. 19 da Lei 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) edita:

> Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o *provedor de aplicações* de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário. *§ 1º*. A ordem judicial de que trata o *caput* deverá conter, sob pena de nulidade, *identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material*.

Como se vê, o bloqueio ou a indisponibilidade da informação exige a identificação do infrator, o endereço virtual por meio da URL (*Uniform Resource Locator*, ou localizador de recursos) e a prática do delito.

Assim, uma vez verificada a concorrência desleal, expede-se a ordem judicial para que o provedor ou mesmo a empresa de *marketplace* se abstenham de anunciar ou relacionar os fornecedores que estejam violando a marca ou praticando concorrência indevida. O § 1º do art. 19, MCI:

> Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário. § 1º A ordem judicial de que trata o caput deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material.

É certo que nos contratos celebrados entre o vendedor e a empresa de *marketplace,* ou com a que presta serviços de busca, pode haver cláusula vedando, prévia e abstratamente, a venda ou anúncio de produtos irregulares (ex.: entorpecente, armas etc.) ou que violem normas regulatórias (ex.: medicamento de uso restrito conforme determinado pela Anvisa).

Mas, como regra, não lhes compete exercer um filtro prévio e subjetivo do que é ou não permitido. Segue-se que, se eventualmente um vendedor estiver comercializando indevidamente produtos contrafeitos ou concorrendo deslealmente (ex.: vendendo o produto da marca X, mas entregando o da marca Z), aí sim existe a "identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material", como determina o § 1º do art. 19, MCI.

É a partir dessa situação que emerge o direito de exigir do Poder Judiciário ordem para que torne "indisponível o conteúdo apontado como infringente".

Como mencionado, entre empresas, não se configurando concorrência desleal pelo uso indevido de marcas, não se há de cogitar sobre

responsabilidade civil. No entanto, perante o consumidor, em princípio, todos os que integram a cadeia negocial respondem pelo produto ou serviço.

3. *Google Ads* e *Google Shopping*

Uma das ferramentas de busca é a da Google. Foi dito que o mecanismo *Google Ads* é diferente do *Google Shopping*.

Pelo *Google Shopping* o consumidor tem acesso a imagens e descrição do produto (tamanho, cor, preço, características etc.). Constitui mecanismo de busca pelo qual o consumidor tem acesso a uma *"vitrine de lojas virtuais"* (ou de e-commerce, isto é, comércio eletrônico) ou de *marketplace* (plataforma que serve de intermediação entre o vendedor e o comprador), como ocorre, por exemplo, com a Americanas, o Submarino, o Mercado Livre etc.

É outra forma de publicidade, pela qual os anunciantes apresentam seus produtos – não por texto ou palavras-chave –, mas sim por fotos e imagens.

Exemplificando: quando um supermercado coloca na prateleira diversas marcas de chocolate, com preços e qualidades distintos, não está praticando concorrência desleal, mas sim oferecendo alternativas para o consumidor e servindo de canal de venda para os fornecedores. E mais. Se o supermercado coloca determinado produto na linha de visão do consumidor ou perto do caixa, tudo é uma forma de chamar a atenção do interessado, técnica que nada tem de ilegal.

É um catálogo de opções, com uma lista de produtos oferecidos pelas lojas virtuais, prática que constitui propaganda comparativa, perfeitamente lícita e em conformidade com os princípios da ordem econômica e do livre mercado (art. 170, CF).

Por meio desta ferramenta, de um lado, fortalece-se o princípio da defesa do consumidor, que tem a liberdade e oportunidade de comparar e adquirir, de modo prático, eficaz e consciente, aquilo que melhor atenda aos seus interesses.

De outro, preservam-se princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, permitindo que os fornecedores ofereçam no mercado seus

produtos ou serviços a preços e qualidades competitivos, beneficiando não só a empresa anunciante, mas também os que dela dependem (empregados, parceiros, fisco etc.).

Dentro desse contexto, o art. 2º, VI, da Lei 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) complementa, dispondo que "a disciplina do uso da internet no Brasil tem como fundamento o respeito à *liberdade de expressão, bem como a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor*".

E o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 36, edita que:

> A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal. Parágrafo único. O fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, manterá, em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem.

4. Propaganda comparativa

A publicidade comparativa atende tanto ao princípio da livre concorrência como ao da proteção ao consumidor. Com efeito, é direito básico do consumidor

> a *informação* adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem. (art. 6º, III, CDC)

E o art. 31, CDC, robora:

> A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar *informações* corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os

> riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

Quanto aos anúncios e vendas pela internet, o art. 7º, XIII, da Lei 12.965/2014 (Marco Civil da Internet), estabelece que

> O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos (XIII) aplicação das normas de proteção e defesa do consumidor nas relações de consumo realizadas na internet.

Quanto à ferramenta *Google Ads*, o destaque “Patrocinado” já avisa e alerta o usuário consumidor de que o anúncio é pago.

E a ferramenta *Google Shopping* permite ao consumidor o acesso a uma “vitrine de lojas virtuais”, oferecendo diversos produtos — lado a lado — de marcas e características diferentes.

Se eventualmente um fornecedor ou vendedor estiver vendendo um produto da mesma marca, sem autorização ou licença do seu titular, pode haver prática de crime (contra a marca e por concorrência desleal, arts. 190 e 195, Lei 9279/96).

Porém, o fato de no sistema de busca aparecerem vários outros produtos similares ou congêneres — lado a lado — permite ao consumidor interessado, adequadamente informado, optar por um ou por outro, em obediência aos princípios constitucionais da atividade econômica, notadamente o da livre concorrência e o da defesa do consumidor (art. 170, CF).

Na propaganda (ou publicidade) comparativa, o que se veda é o uso do veículo e de expressões como “tipo”, “semelhante” ou “idêntico”, de modo a confundir o consumidor ou depreciar a marca de outra empresa (art. 193, LPI).

Nessa mesma linha, o Conar (Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária), organização não governamental que tem a finalidade de promover a liberdade de expressão publicitária e a ética na propaganda comercial, editou o *Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária*.

E o art. 32 deste Código dispõe que:

> Tendo em vista as modernas tendências mundiais – e atendidas as normas pertinentes do Código da Propriedade Industrial, a publicidade comparativa será aceita, contanto que respeite os seguintes princípios e limites:
>
> a) seu objetivo maior seja o esclarecimento, se não mesmo a defesa do consumidor;
>
> b) tenha por princípio básico a objetividade na comparação, posto que dados subjetivos, de fundo psicológico ou emocional, não constituem uma base válida de comparação perante o Consumidor;
>
> c) a comparação alegada ou realizada seja passível de comprovação;
>
> d) em se tratando de bens de consumo a comparação seja feita com modelos fabricados no mesmo ano, sendo condenável o confronto entre produtos de épocas diferentes, a menos que se trate de referência para demonstrar evolução, o que, nesse caso, deve ser caracterizado;
>
> e) não se estabeleça confusão entre produtos e marcas concorrentes;
>
> f) não se caracterize concorrência desleal, depreciação à imagem do produto ou à marca de outra empresa;
>
> g) não se utilize injustificadamente a imagem corporativa ou o prestígio de terceiros;
>
> h) quando se fizer uma comparação entre produtos cujo preço não é de igual nível, tal circunstância deve ser claramente indicada pelo anúncio.

5. Pandemia

O contexto inédito, gravíssimo e assustador pelo qual o Brasil e o mundo vêm passando desde março de 2020, diante da pandemia causada pelo coronavírus (*pandemia de Covid-19*), tem impactado diretamente as relações de consumo.

Até o momento (julho de 2020), a mídia dá conta de aproximadamente 8 milhões de casos em 190 países, com aproximadamente 500

mil mortes no mundo todo (no Brasil, mais de 80 mil mortes, conforme o Jornal *Folha de São Paulo*, edição de 24 de julho de 2020).

Essa situação de crise tem exigido o isolamento social, o que veio a ser normatizado pela Lei 13.979/2020. Nesse cenário, somado à mudança de cultura e mentalidade no hábito de consumir, é interessante destacar que as pessoas precisam adquirir alimentos, vestuário, produtos domésticos etc. — tudo por meio do comércio eletrônico — o que reforça a utilidade e a relevância de tais ferramentas.

Por meio desses mecanismos o consumidor tem acesso livre e gratuito a vários produtos que o mercado oferece, de forma imediata, prática, econômica e principalmente segura.

O art. 49 do CDC fixa o prazo de 7 dias para o consumidor se arrepender:

> O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio.

Esse prazo serve para o consumidor, por mera vontade, desfazer o negócio celebrado "fora do estabelecimento comercial", incluindo, portanto, aquele feito pela internet.

Em junho de 2020, foi editada a Lei 14.010/2020, cujo art. 8º estabelece que *"até 30 de outubro de 2020*, fica suspensa a aplicação do art. 49 do Código de Defesa do na hipótese de entrega domiciliar (delivery) de produtos perecíveis ou de consumo imediato e medicamentos".

Nesse ponto, a principal razão da edição dessa norma foi a necessidade de a sociedade seguir o isolamento social e a quarentena, com a finalidade de barrar o nível da pandemia (e de mortes) no país.

Daí a previsão da Lei 10.010/2020 de restringir a suspensão do prazo de 7 dias somente para a hipótese de entrega de alimentos (produto perecível) e medicamentos. É a suspensão temporária do direito de arrependimento, do uso do prazo de reflexão

6. Conclusão

Em conclusão, é preciso analisar a publicidade e os anúncios patrocinados veiculados pela internet sob duas óticas: uma, relacionada com os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência; outra, concernente ao consumidor, com vistas às informações precisas e adequadas.

Referências

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 6. ed. São Paulo: RT, 2019.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor,* São Paulo: RT, 2016.

NUNES, Rizzatto. *Curso de Direito do Consumidor*. 13. ed. São Paulo, Saraiva, 2018.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Direitos do Consumidor*. 9. ed. São Paulo: Forense.

Das práticas abusivas no mercado de consumo em tempos de pandemia: monitoramento de dados, aumento abusivo de preço, limitação ilícita na venda de produtos e outras condutas

***Frederico da Costa Carvalho Neto*[1]**
Advogado e professor

Sumário: 1. Código de Defesa do Consumidor e as práticas abusivas; 2. O Estado e a proteção do consumidor no mercado de consumo; 3. Venda casada e limitação ilícita; 4. Monitoramento de dados; 5. Elevação de preços sem justa causa; 6. Segurança no fornecimento de produtos e serviços; 7. A pandemia e os hipervulneráveis; 8. Conclusão.

1. O Código de Defesa do Consumidor e as práticas abusivas

O Código de Defesa do Consumidor decorre da garantia constitucional prevista no artigo 5º, inciso XXXII[2] e do princípio da ordem econômica.[3] É lei imperativa[4] por força da disposição do artigo 1º e tem na Política Nacional das Relações de Consumo[5] o estabelecimento de um

---

[1] Mestre e doutor pela PUC-SP. Professor Assistente Doutor na Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Coordenador do curso de Especialização em Direito das Relações de Consumo da PUC/SP.

[2] "Art. 5º, XXXII – o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor."

[3] "Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: V – defesa do consumidor".

[4] "Art. 1º. O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias."

[5] "Art. 4º. A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus

conjunto de objetivos e princípios complementados pelo artigo 6º, que trata dos direitos básicos dos consumidores. Bruno Miragem, falando sobre a imperatividade do CDC e seus reflexos, diz:

> A ordem pública indicada ao Código, em primeiro determina o seu caráter de lei cogente, o que pode se observar claramente na hipótese da nulidade das cláusulas abusivas determinadas pelo artigo 51, ou ainda antes, quando refere às práticas comerciais abusivas (artigos 39 a 41), o que manifesta a limitação da autonomia das partes e de sua liberdade de contratar aos estritos limites determinados em lei.[6]

As práticas abusivas, como todas as disposições do Código de Defesa do Consumidor, decorrem desses objetivos e princípios e especificamente do Direito Básico previsto no inciso IV do artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor.[7]

No artigo 4º, o legislador aponta, entre outros objetivos, o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito a sua dignidade,

---

interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I — reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo; II — ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor: a) por iniciativa direta; b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas; c) pela presença do Estado no mercado de consumo; d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho. III — harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores; IV — educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo; V — incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo; VI — coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores; VII — racionalização e melhoria dos serviços públicos; VIII — estudo constante das modificações do mercado de consumo."

[6] MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 61-62.

[7] "Art. 6º. São direitos básicos do consumidor: IV — a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços."

a proteção de seus interesses econômicos, a transparência e harmonia das relações de consumo, além de princípios como o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor e a coibição e repressão aos abusos praticados no mercado de consumo.

Os objetivos da política prevista no artigo quarto são fundamentais para o alcance do equilíbrio na relação de consumo e, apesar de a lei ter sido sancionada há quase trinta anos, ainda estão longe de ser alcançados. Com a pandemia, esses objetivos ficarão ainda mais distantes.

2. O Estado e a proteção do consumidor no mercado de consumo

As práticas abusivas ocorrem não só por conta da má conduta de alguns fornecedores, mas principalmente pela inércia e pela desatenção do Estado que, pelas disposições do inciso II do artigo 4º, tem que proteger de forma efetiva o consumidor. Mas neste momento, foi o primeiro a desprotegê-lo, atendendo mais ao chamado mercado do que ao conjunto dos consumidores, portando-se como espectador quando tem que ser protagonista. Exemplos não faltam e demonstram o desprezo ao atendimento das necessidades dos consumidores, o que talvez seja o objetivo mais importante da Política Nacional das Relações de Consumo, mas o menos observado. Na proteção ao setor aéreo, que está sendo financiado às custas dos consumidores, a Medida Provisória 925 de 18 de março estabeleceu que, dentre outras disposições, as pessoas que adquiriram passagens aéreas e por conta da pandemia não viajaram serão reembolsadas em até doze meses e, caso não remarquem a viagem, arcarão com pagamento de multa, supostamente a prevista no parágrafo terceiro do artigo 740 do Código Civil,[8] de acordo com a disposição do §1º do artigo 3º da medida provisória. O crédito, para quem aceitar a remarcação da passagem,

---

[8] "Art. 740. O passageiro tem direito a rescindir o contrato de transporte antes de iniciada a viagem, sendo-lhe devida a restituição do valor da passagem, desde que feita a comunicação ao transportador em tempo de ser renegociada. § 3º Nas hipóteses previstas neste artigo, o transportador terá direito de reter até cinco por cento da importância a ser restituída ao passageiro, a título de multa compensatória."

poderá ser utilizado no prazo[9] de dezoito meses do voo contratado.[10] Essa medida dá notícia de como sucessivamente os governos agem como se nada tivessem a ver com os problemas na economia, lavando as mãos, o que não é novidade, pois a história é repleta de episódios em que o Estado joga os problemas para a sociedade.

O *socorro* ao setor aéreo, que é necessário, deveria ser suportado pelo Estado, com linhas de crédito, e não por um *empréstimo compulsório* imposto aos consumidores e muito menos por Medida Provisória.[11] A prática estatal é abusiva porque pune o consumidor por fato que não lhe diz respeito, como se tivesse inadimplido o contrato, e, contrariamente a todas as hipóteses previstas no CDC,[12] impede a restituição imediata pelo não cumprimento do contrato. E só afasta a hipótese de multa se o consumidor aceitar o crédito, para utilizá-lo no prazo de um ano e meio da data da viagem não realizada, como se o chamado isolamento social fizesse parte do passado, como se não houvesse incerteza quanto ao futuro, como se o consumidor ainda pudesse viajar para o mesmo destino quando bem lhe conviesse. Por outro lado, desconsiderou-se que as passagens aéreas são comercializadas majoritariamente nos sites das companhias aéreas ou nas agências de turismo e adquiridas com cartões de crédito com pagamento parcelado.

Se a medida estipulasse a suspensão do pagamento e a devolução do que já havia sido pago num determinado prazo, atenderia, ainda que parcialmente, os consumidores e certamente evitaria seu comprometimento num momento difícil para todos, pois, da forma como aprovada a Medida Provisória na Câmara dos Deputados, o consumidor

---

[9] No texto original da MP o prazo era de doze meses, tendo a Câmara dos Deputados alterado para dezoito meses.

[10] "Art. 3º O prazo para o reembolso do valor relativo à compra de passagens aéreas será de doze meses, observadas as regras do serviço contratado e mantida a assistência material, nos termos da regulamentação vigente. § 1º Os consumidores ficarão isentos das penalidades contratuais, por meio da aceitação de crédito para utilização no prazo de doze meses, contado da data do voo contratado. § 2º O disposto neste artigo aplica-se aos contratos de transporte aéreo firmados até 31 de dezembro de 2020."

[11] "Art. 148. A União, mediante lei complementar, poderá instituir empréstimos compulsórios: I — para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência; II — no caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional, observado o disposto no art. 150, III, "b". Parágrafo único. A aplicação dos recursos provenientes de empréstimo compulsório será vinculada à despesa que fundamentou sua instituição."

[12] Restituição de valores pagos nos vícios (arts. 18, § 1º, II, 19, IV, 20, II) no descumprimento da oferta (art. 35, II) e no direito de arrependimento (art. 49, § único).

vai ter que pagar no prazo contratado, mas não vai receber o serviço como contratado. E certamente, muitos não terão como honrar o compromisso e ficarão devendo (e bastante) para as administradoras, pois os efeitos da mora no cartão de crédito são devastadores. E nesse aspecto houve total desatenção ao objetivo da proteção dos interesses econômicos dos consumidores. Foi puxado o cobertor do consumidor para cobrir o setor aéreo.

Para evidenciar ainda mais a vantagem manifestamente indevida prevista no inciso V do artigo 39 e a violação ao direito básico à prevenção de danos, não é exagero dizer que existe a possibilidade de muitos não receberem de volta o que pagaram ou receberem depois de um longo processo se uma das empresas aéreas requerer recuperação judicial. E várias já requereram em outros países. É a velha prática estatal de dar esmola com o chapéu alheio, o que também ocorre na locação, em que, sob o pretexto de proteger os locatários, prejudicou-se os locadores, como se eles não dependessem da renda do contrato.

No setor de crédito, o Banco Central diminuiu o percentual sobre o depósito compulsório dos bancos para aumentar a liquidez na oferta de crédito para pequenos e médios empresários e ainda garantiu as operações em mais da metade do valor emprestado. Entretanto, o incentivo não surtiu efeito, pelo menos na medida esperada, tendo em vista que quem precisa não está tendo acesso às linhas de crédito. E o Estado a tudo assiste e nada faz. E não faz porque não quer.

3. Venda casada e limitação

Importante lembrar que no artigo 39 o legislador tipificou as práticas abusivas em rol exemplificativo,[13] e que muitas delas cresceram neste momento em que a necessidade acentua tanto a vulnerabilidade como a hipossuficiência dos consumidores, que normalmente são afetados pela chamada venda casada e agora mais ainda. A venda casada, vedada pelo inciso I do artigo 39, decorre do objetivo do atendimento das necessidades dos consumidores, tendo por finalidade impedir o

[13] "Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas."

condicionamento de uma contratação a uma segunda contratação.

Os consumidores com operações de crédito ativas e com dificuldades de adimplemento estão renegociando seus débitos em condições desvantajosas, com juros mais altos que os dos contratos originais, tornando-se ainda mais sujeitos à venda casada, porque para obterem a renegociação normalmente são compelidos a contratar outros serviços bancários ou de empresas do mesmo grupo econômico, como seguradoras ou planos de capitalização, o que implica a hipótese prevista inciso I do artigo 39 do CDC[14].

Esse segundo contrato pode e deve ser anulado, não só em decorrência da venda casada, mas também porque comprometido pela figura da lesão,[15] porque para obter a renegociação o consumidor vai pagar, além dos juros, o preço de um seguro que ele não quis contratar, tendo a instituição financeira se aproveitado da necessidade do consumidor. No próprio artigo 39, o legislador repele a contratação não requerida pelo consumidor, estabelecendo a gratuidade no envio do produto ou prestação de serviço sem solicitação.[16] E neste caso, é importante considerar as regras de experiência previstas no artigo 375 do Código de Processo Civil.[17] Nelson e Rosa Nery, em comentário ao artigo, observam a mudança da regra em relação ao artigo 335 do CPC de 1973, que permitia a aplicação das regras de experiência na falta de norma jurídica particular e a exclusão do antigo requisito pelo relator do projeto do Código atual, com a seguinte e acertada conclusão: “a aplicação das regras de experiência não pressupõe a existência de normas jurídicas. Ao contrário, as regras de experiência servem, inclusive, para a boa aplicação das normas”.[18]

Nessas renegociações, eventualmente caberá a discussão atinen-

---

[14] “I – condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos.”

[15] “Art. 157. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.”

[16] “III – enviar ou entregar ao consumidor, sem solicitação prévia, qualquer produto, ou fornecer qualquer serviço; Parágrafo único. Os serviços prestados e os produtos remetidos ou entregues ao consumidor, na hipótese prevista no inciso III, equiparam-se às amostras grátis, inexistindo obrigação de pagamento.”

[17] “Art. 375. O juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial.”

[18] NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 18. ed. Revista dos Tribunais, 2019, p. 1020.

te à cláusula contratual[19] referentes aos juros, diante da presença da hipótese prevista no inciso V do artigo 6º, e pela vantagem manifestamente excessiva, vedada no inciso V do artigo 39[20] do CDC, caracterizada pela diferença entre o novo pacto e a média de juros cobrados no mercado que, se demonstrada, autoriza a modificação da cláusula contratual.

Outro aspecto relevante diz respeito à limitação prevista no mesmo inciso I que precisa estar amparada em justa causa. No começo da pandemia, o comércio limitou a aquisição das embalagens de álcool em gel, permitindo a compra de poucas unidades por pessoa, o que é mais do que razoável, da mesma forma que a venda de ingressos de espetáculos em geral é restrita para garantir acesso a todos. Mas a limitação é exceção e decorre não só da necessidade do comerciante, quando faz promoção de um produto para atrair consumidores ao seu estabelecimento e oferecer outros produtos, mas também dos interesses dos consumidores, permitindo que todos possam consumir, impondo aos fornecedores a limitação na venda de determinados produtos em situações especiais. A produção normal é compatível com a demanda, mas muitas vezes, em decorrência de fatos imprevisíveis, ocorre uma procura acentuada de determinado produto. Agora na pandemia, por conta da leviana divulgação da eficácia de um medicamento, houve uma corrida às farmácias, deixando sem o fármaco aqueles que o usam

---

[19] "Art. 6º São direitos básicos do consumidor: V – a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas."

[20] "V – exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva."

[21] "Art. 5º; X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação."

[22] No Código Civil: "Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma."

[23] "Artigo XII – Ninguém será sujeito a interferência na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Todo homem tem direito à proteção da lei contra tais interferências e ataques."

[24] "Art. 17 – 1. Ninguém poderá ser objeto de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais a sua honra e reputação. 2. Toda pessoa terá direito à proteção da lei contra essas ingerências ou ofensas." Adotado pela ONU na Assembleia Geral de 16 de dezembro de 1966.

[25] "Art. 136. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, decretar estado de defesa para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza."

de forma contínua. Os fornecedores deveriam ter limitado a venda, porque havia uma justa causa.

4. Monitoramento de dados

Outro problema que foi escancarado com a pandemia foi o monitoramento de dados, possibilitado pela geotecnologia, que permite às operadoras de telefonia celular saber em que local se encontram os consumidores. Essas informações são compartilhadas com o Poder Público e têm municiado o controle sobre o isolamento social.

Aparelho celular não é e nem pode servir como tornozeleira eletrônica. Não se discute a necessidade e a relevância das medidas restritivas impostas pelo Poder Público e nem se pode negar a catástrofe sanitária. Da mesma forma não se pode aceitar a violação da proteção legal à privacidade, garantida na Constituição Federal,[21] na legislação infraconstitucional,[22] na Declaração Universal dos Direitos do Homem[23] e no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.[24] Não estamos em estado de defesa[25] e não há por que admitir sequer a possibilidade de violação à privacidade. José Afonso da Silva, falando sobre a proteção constitucional à privacidade, observa: "A tutela constitucional visa a proteger as pessoas de dois atentados particulares: (a) ao segredo da vida privada e (b) à liberdade da vida privada. O segredo da vida privada é condição de expansão o da personalidade".[26]

Nelson e Rosa Nery, comentando o artigo 21 do Código Civil e sua conexão com a Constituição Federal, afirmam: "O homem tem direito aos seus segredos. Essa é a dimensão natural da disposição constitucional que protege a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, sujeitos de direito (CF 5º X)".[27]

"§ 1º O decreto que instituir o estado de defesa determinará o tempo de sua duração, especificará as áreas a serem abrangidas e indicará, nos termos e limites da lei, as medidas coercitivas a vigorarem, dentre as seguintes: I – restrições aos direitos de: a) reunião, ainda que exercida no seio das associações; b) sigilo de correspondência; c) sigilo de comunicação telegráfica e telefônica."

[26] SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 104.

[27] NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 387.

Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barbosa e Maria Cecília Bodin de Morais, em comentário ao artigo 21 do Código de Civil e a evolução tecnológica, dizem:

> O crescimento das possibilidades de controle faz com que se tente justificar a 'invasão da privacidade' — expressão característica do tempo atual e que bem transmite a ideia da existência de uma esfera privada — a cada nova ameaça que surja, sejam as mais tangíveis, como o medo do terrorismo, sejam outras menos fundadas em um suposto interesse público.[28]

O desenvolvimento tecnológico e o incessante tráfego de informações levaram à elaboração da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (13.709/18) que, mesmo na vacância, deveria ser respeitada. Mas o repasse de informações constitui prática abusiva por parte das operadoras que compartilham os dados e do Estado que os recebe, podendo-se incluir a conduta das empresas na hipótese do inciso VII do artigo 39 do CDC,[29] além da violação do dever da boa-fé objetiva. Neste sentido, Cristiano de Souza Zanetti ensina:

> A boa-fé objetiva impõe às partes que ajam de forma leal e em respeito à confiança suscitada pelo próprio comportamento nas respectivas relações jurídicas. A aplicação do princípio reclama sua constante concretização, de modo a tornar efetivas as exigências de lealdade e confiança que o embasam.[30]

As operadoras são concessionárias de serviço público, mas a relação contratual é com o consumidor, que não pode ser exposto e tem

---

[28] TEPEDINO, Gustavo; BARBOSA, Heloisa Helena; MORAIS, Maria Cecília Bodin. *Código Civil interpretado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 61.

[29] "VII — repassar informação depreciativa, referente a ato praticado pelo consumidor no exercício de seus direitos."

[30] ZANETTI, Cristiano de Souza. *Comentários ao Código Civil*. Coordenação: Giovanni Ettore Nanni. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 699.

pela regra do inciso VI do artigo 6º do CDC direito a efetiva prevenção e reparação de danos[31]. Em se tratando de serviço público, incidentes as disposições do artigo 175 da Constituição Federal,[32] que determina o respeito ao direito dos usuários, previsto no Código de Defesa do Consumidor, em especial no artigo 22,[33] não podem as operadoras desrespeitar as disposições referentes ao direito à privacidade e à prestação de serviços em nome do que quer que seja.

5. Elevação de preços sem justa causa

A pandemia escancarou a ganância, fazendo com que fornecedores ampliassem até o tipo de comércio. Alguns que se limitavam a vender artigos de cama, mesa e banho passaram a vender alimentos, artigo de primeira necessidade, para poderem abrir as portas, e elevaram preços, tendo sido autuados pelos órgãos de defesa do consumidor,[34] incorrendo na hipótese do inciso X do artigo 39 do CDC.[35]

A liberdade contratual não transcende a função social do contrato e encontra na lei a vedação ao aproveitamento indevido, constituindo-se verdadeiro abuso de direito[36] e na quebra do dever de solidariedade. Diogo Leonardo Machado de Melo ao comentar o artigo 187 do Código Civil, diz:

> Os limites impostos pelo fim econômico ou social variam de hipótese para hipótese, mas essa finalidade econômica e social deve ser valorada em consonância com os princípios da função social do

[31] "Art. 6º. São direitos básicos do consumidor: VI — a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos."

[32] "Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único. A lei disporá sobre: II — os direitos dos usuários".

[33] "Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos. Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste código."

[34] A Havan está sendo investigada pelo Ministério Público do Paraná por cobrar preços abusivos na venda de arroz e leite. Disponível em: https://bit.ly/33CDwMq. Acesso em: 17 set. 2020.

[35] "X — Elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços."

> contrato (art.421 do CC), da função social da propriedade (art. 5°, XXIII, da CF e art. 1.228 do CC) e os ditames civis-constitucionais que defluem do princípio da solidariedade.[37]

Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, comentando o inciso X do artigo 39, observa: "A regra, então é que os aumentos de preço devem sempre estar alicerçados em justa causa, vale dizer, não podem ser arbitrários, leoninos ou abusivos".[38] A pandemia não serve de justa causa para aumento de preço de produtos e serviços, e o fato de o produto ou serviço não ter preço controlado não autoriza a cobrança desmedida e nem impede a ação do Estado, seja pela Administração, seja pelo Judiciário, como reconhece o mesmo: "Esse inciso, também sugerido por mim, visa a assegurar que, mesmo num regime de liberdade de preços, o Poder Público e o Judiciário tenham mecanismos de controle sobre o chamado preço abusivo."[39]

Aqui, há uma certa semelhança com a lesão, na medida em que, aproveitando-se da necessidade dos consumidores, o preço é elevado e se torna desproporcional, valendo como critério a regra do parágrafo do artigo 157 do Código Civil.[40]

6. Segurança no fornecimento de produtos e serviços

Outro aspecto preocupante na pandemia diz respeito à proteção da saúde e segurança dos consumidores, que envolve a disposição do incisos VIII e XIV do artigo 39 do CDC,[41] tendo em vista que, nos locais

---

[36] Art. 187. "Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes."

[37] MELO, Diogo Leonardo Machado de. *Comentários ao Código Civil*. Coordenação: Giovanni Ettore Nanni. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 306.

[38] BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. *Código brasileiro de defesa do consumidor*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 394.

[39] Ibid., p. 393.

[40] "§ 1º Aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico".

[41] "VIII — Colocar, no mercado de consumo, qualquer produto ou serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes ou, se normas específicas não existirem, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas ou outra entidade credenciada pelo Conselho Nacional

em que é permitido o acesso ao público, exige-se a fiscalização dos fornecedores relativamente ao distanciamento e uso de equipamentos de proteção, como máscaras. Deve-se lembrar que qualquer desobediência neste sentido, por quem quer que seja, gera a responsabilidade dos fornecedores, por força das inequívocas disposições relativas à culpa exclusiva de terceiros (12, §3, III e 14/§3º, II), porque ele é um estranho na relação e não pode ter qualquer relação jurídica com o fornecedor.

Se um consumidor causar prejuízo a outro dentro do estabelecimento do fornecedor, existe a culpa (*in vigilando*) concorrente do fornecedor, não se podendo cogitar a hipótese de exclusividade porque o estabelecimento tem que fiscalizar a obediência às normas sanitárias.

Com a pandemia, muitos locais têm uma nova configuração espacial, limitada a um determinado percentual de ocupação e distanciamento entre consumidores, devendo, no caso, atentar-se à hipótese prevista no inciso XIV do artigo 39 do CDC.[42] Essa disposição do Código é mais recente e decorreu do trágico incêndio numa casa noturna em Santa Maria (RS). Mas a conduta já era abusiva por força do inciso VIII, que também estipula como abusivo o fornecimento em desacordo com as normas expedidas pelo poder público. A ocupação deve ser sempre a estabelecida pela autoridade administrativa e dela se espera o cumprimento do disposto na alínea "d" do inciso II do artigo quarto, no caso, relativamente à adequação e segurança.[43]

7. A pandemia e os hipervulneráveis

A pandemia e o isolamento social acarretaram limitações e dificuldades a todos. Mas o próprio trabalho em casa, para aqueles que têm essa possibilidade, trouxe a necessidade de adaptação, com a aquisição de produtos e serviços, o que mudou a forma da contratação. Claro que o comércio eletrônico e os contratos eletrônicos já existiam, mas

---

de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Conmetro)". "XIV – Permitir o ingresso em estabelecimentos comerciais ou de serviços de um número maior de consumidores que o fixado pela autoridade administrativa como máximo."

[42] "XIV – Permitir o ingresso em estabelecimentos comerciais ou de serviços de um número maior de consumidores que o fixado pela autoridade administrativa como máximo".

[43] "II – ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor: d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho."

nunca foram tão necessários como na pandemia e a necessidade pegou parcela considerável da população de calça curta, ou porque não tinham meios de acesso à contratação a distância ou (e também) pelo desconhecimento acerca das novas tecnologias.

Os idosos, em especial, desconhecem ou têm enorme dificuldade em manejar equipamentos e em acessar e trafegar na rede mundial de computadores, o que afeta o direito à informação em especial e aumenta a possibilidade de serem vítimas das práticas abusivas.

No inciso IV do artigo 39, o CDC prescreve como prática abusiva o aproveitamento da fragilidade ou ignorância do consumidor para tentar fornecer produtos e serviços. Cláudia Lima Marques, abordando os contratos a distância e as disposições do CDC observa:

> Efetivamente, a contratação à distância introduz dois novos elementos, no fenômeno dos contratos de massa: o espaço, como fator de vulnerabilidade, pois despersonaliza ainda mais o contrato, permitindo também uma banalização de sua internacionalidade; e a virtualidade, pois o imaterial agora não é só o fazer prestacional e de condutas de boa-fé (informação, cooperação e cuidado), mas também o próprio contrato, na linguagem virtual e nos vícios.[44]

Uma coisa é optar pela contratação a distância, outra é só ter essa possibilidade. Para quem é ou está próximo da chamada geração digital, há mais facilidade no manuseio de aparelhos e na contratação. Mas para os mais idosos a dificuldade é muito grande. E se na contratação normal já há, na maioria das vezes, informação deficiente, que não atende às determinações dos artigos 6º, III e 46 do CDC,[46] agora esse direito é ainda mais prejudicado, abrindo as portas para a hipótese prevista[46] no inciso IV do artigo 39.

---

[44] MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 94.

[45] "Art. 6º. São direitos básicos do consumidor: III – a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; – Art. 46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance."

Se o número de golpes perpetrados nos meios eletrônicos de pagamento, na internet e nas redes sociais cresce a cada dia, na pandemia a criminalidade encontra um campo fértil, em especial em relação aos chamados hipervulneráveis, que podem ser considerados os mais expostos às práticas comerciais. Antônio Hermann Benjamin e Vasconcellos assim os classifica: "São os consumidores ignorantes ou de pouco conhecimento, de idade pequena ou avançada, de saúde frágil, bem como aqueles cuja posição social não lhes permite avaliar com adequação, o produto ou serviço que estão adquirindo." [47]

O fornecimento de produtos e serviços cresceu no ambiente virtual, o que não quer dizer que todos estavam preparados para essa mudança tão rápida. Essa contratação deve ser vista com outros olhos porque muitas vezes pode ter sido prejudicada a manifestação da vontade pela não obediência aos direitos básicos dos consumidores e pela ganância de alguns fornecedores, além da fragilidade na segurança eletrônica de certos serviços, o que pode gerar prejuízos aos menos habituados ao chamado mundo virtual.

Conclusão

A pandemia compromete a economia, propiciando a desarmonia nas relações de consumo pela ação inadequada do Estado, tanto na formulação de medidas para mitigar os impactos como nas ações para preservar o princípio da defesa do consumidor. Este envolve não só a defesa dos interesses econômicos do consumidor, mas a efetiva atuação para a garantia de fornecimento adequado de produtos e serviços. Por outro lado, a necessidade pode levar ao aumento das práticas abusivas e à violação de direitos, como a privacidade, que, como direito fundamental, não pode ser violada e está acima de qualquer outro interesse, por mais relevante que seja, não sendo admissível ação de fornecedores e do próprio Estado fora da legalidade. Na Política Nacional das Relações de Consumo há expressa determinação de coibição aos abusos praticados no mercado de consumo, o que alcança as chamadas práticas abusivas, sendo dever do Estado e de todos os que atuam na defesa dos consumidores combatê-las.

---

[46] "IV – prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços".

[47] Ibid., p. 384.

Referências

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. *Código brasileiro de defesa do consumidor*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MARINS, Lucas Gabriel. Loja da Havan no Paraná é suspeita de cobrar preço abusivo de leite e arroz. *Bol*, [S. l.], 3 jul. 2020. Disponível em: https://bit.ly/33CDwMq. Acesso em: 17 set. 2020.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MELO, Diogo Leonardo Machado de. *Comentários ao Código Civil*. Coordenação: Giovanni Ettore Nanni. São Paulo: Saraiva, 2019.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOSA, Heloisa Helena; MORAIS, Maria Cecília Bodin. *Código Civil interpretado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

ZANETTI, Cristiano de Souza. *Comentários ao Código Civil*. Coordenação: Giovanni Ettore Nanni. São Paulo: Saraiva, 2019.